فهرست کتب دینیه سنت وجماعت موجوده مطبع

نحمده ونصلی بر خواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد که فهرست کتب موجوده کارخانه اوده اخبار اگرچه بذریعه فهرستهای جدا گانه پیشتر اشتهار می پذیرد دیگر مناسب وقت چنین می نماید که اسامی بعضی کتب دینیه سنت وجماعت از فقه واصول آن تفسیر کلام وحدیث که مناسبت تام باین کتاب داشته باشد بنابر اطلاع علماء وفضلاء وشائقین ماهرین این علوم که اطلاع موجود بودنش را ذریعه رفیعه باشد نقل نموده می شود وآن اینست

کتب فقه عربی واصول فقه

- فتاوای عالمگیری تمام وکمال
- شرح الیاس شرح مختصر الوقایه
- هدایه شریف کامل مع ترجمه فارسی
- هدیة المختار شرح رساله عضدیه
- احیاء العلوم عربی هر چهار جلد
- مختصر الوقایه
- جامع الرموز
- شرح وقایه محشی بحواشی مختلفه
- شرح وقایه مع چلپی
- فتاوای کنز الدقائق عربی
- فرائض شریفی شرح سراجیه
- نور الانوار مع قمر الاقمار
- مجموعه تنقیح وتوضیح
- وتلویح وچلپی
- شیخ الاسلام حاشیه تلویح
- ملاخسرو حاشیه تلویح
- کفایه حاشیه هدایه مع هدایه محشی بحواشی مختلفه
- عینی شرح هدایه تمام وکامل

کتب فقه فارسی واردو

- ترجمه اردو در مختار هر چهار جلد
- حقیقة الصلوة
- سبیل الجنان
- فتاوای برهنه تمام وکامل
- مالابد منه فارسی
- کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
- مذاق العارفین ترجمه احیاء العلوم کامل
- شرح وقایه فارسی
- نور الهدایه ترجمه اردو شرح وقایه
- ترجمه اردو کنز الدقائق
- حج اکبر مسمی نهایة السرور
- فتاوی المیراث
- رساله فرائض
- مسلک المتقین
- عمدة البضاعة فی مسائل الرضاعة
- تذکرة الجمعه
- احکام العیدین
- موضح الحق
- هزار مسئله
- شرح محمدی
- رساله کاید باب الحج
- سراج السالکین
- فضائل الشهور والایام
- حیرت الفقه
- خیابان الفردوس

کتب تفسیر وشامل آن

- تفسیر کشاف
- خلاصة الکشاف
- بیضاوی شریف
- تفسیر اتقان
- تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
- هالین حاشیه جلالین
- جواهر القرآن مترجم
- مجموعه زینت القاری
- تفسیر سوره یوسف منظوم
- تفسیر زاد الآخرت
- تفسیر حسینی تمام وکامل
- تفسیر سوره فاتحه
- رموز القرآن
- فضائل القرآن
- تفسیر القلندر فی تحریر الانور
- میزان الفرقان

کتب احادیث واوراد

- قسطلانی شرح صحیح بخاری شریف کامل
- صحیح مسلم مع نووی شریف
- شرح حصن حصین
- مجربات دیربی
- شرح سفر السعادت
- تعبیر الرویا
- تحفة الاخیار ترجمه مشارق الانوار
- سنن ابی داود
- اوراد نقشبندی
- سید الاوراد
- ترجمه مجربات دیربی
- ترجمه تعبیر الرویا مسمی بتاویل المنام
- مصباح الهدایت ترجمه عوارف المعارف
- کیمیای سعادت
- اکسیر هدایت ترجمه کیمیای سعادت
- شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
- بحر العلوم
- انوار محمدی
- تحقیق الانساب

تمت

إِنَّ اللّٰهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ

قد طبع المجلد الثالث من الكتاب المستطاب الذي يزري نجومها على الانوار الربيعية الكاشف لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية الجامع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية المسمى

بالفتح القدير

مع متنه

الهداية والبداية

للعلامة النحرير امام العلماء الفقهاء كامل الكمال في الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام
اسكنه الله بحبوحة دار السلام تصحيح الفاضل المعروف العلام مولانا محمد اعظم حسين الخيرآبادي حفظه الله ذو الايادي

في المطبع المستطاب البديع الذي المغزى منشي نولكشور الواقع في لكهنؤ مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول

كتاب البيوع عرف ان مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمع فيه حق العباد وهو غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى لانها المقصد حتى اتى على اخر انواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على البعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها ووقع في اخر الترتيب اول اقسام حقوق العباد اعني البيع على الوقف ووجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط متقدم على المركب في الوجود فقدم في التعليم كذا ذكره الاخي شرعه في المعاملات من زمان فان ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار انواعه فان البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين او قلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة بيع العين بالعين وبخيار ومنجزا ومؤجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا اخرج العين من ملكه الى الغير وباعه اي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه واما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي انتهى اقول فيه نظر لان التراضي لا بد منه لغة ايضا فانه لا يفهم من باع وباع زيد عبده الا انه استبدل به بالتراضي وان الاخذ غصبا واعطاء شيء اخر من غير تراض لا يقول فيه اهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب هو قوله تعالى واحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليه الصلوة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه لم يقدر على مثل ذلك في الكتان للغزل والبناء وما يظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى ان يشتري اشياء ويبذل من اولاه شيئا فلو لم يشرع البيع سببا للتمليك في البدلين لاحتاج

إذا كانا بلفظي الماضي مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت لأن البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد به

إلى أن يوجد على التغالب والتهاجر أو السؤال أو الشحاذة أو يصبر حتى يموت وفي كل منها ما لا يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد ويزري بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصاية أو قرابة وغير ذلك فيصح من العبد المعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره وفي المبيع كونه مالا متقوما مقدورا على التسليم في الحال أو في ثاني الحال ليدخل السلم وقد قالوا إن شروطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى إذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الإجازة ممن له الولاية وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا ثابتا وقد لا يكون فإن لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل أمارة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رضا كما في بيع المكره وعلى هذا ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا **قوله** البيع ينعقد بالإيجاب والقبول يعني إذا سمع كل كلام آخر ولو قال البائع لم أسمع وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وإنما قلنا هذا لأنه قال ينعقد بالإيجاب والقبول فجعلهما غيره وثبت هو بهما مع أن البيع ليس إلا الإيجاب والقبول لأنهما ركناه وعلى ما اقتضاه ما أسلفناه من أن ركنه الفعل الدال إلى آخره ظاهر وكذا بناء على أن المراد بالبيع هنا ليس إلا نفس حكمه لا معنى له إذ ذاك الحكم وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لأنه هو الذي يثبت به قدرة التصرف والمتحقق من الشرع ليس إلا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين أعني الشطرين وجعلهما سببا له شرعا وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فإذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر والإيجاب لغة الإثبات لأي شيء كان والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني وإلا فكل منهما إيجاب أي إثبات فسمي الإثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الإثبات الأول ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول وحيث لم يصح إرادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد يثبت أي الحكم فإن الانعقاد إنما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقولنا في القبول إنه الفعل الثاني ليفيد كونه أعم من اللفظ فهو كذلك فإن من الفروع لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا إذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي مثله ففي جعل مسألة القبض بعد قوله بعتكه بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر وفي فتاوى قاضي خان قال اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا فقطعه قبل التفرق **قوله** إذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت قال المصنف لأن البيع إنشاء تصرف أي إثبات تصرف يفيد حكما ثبت جبرا والإنشاء على هذا الوجه لا يعرف إلا بالشرع لما فيه من إثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك فماله قدرة الإخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه فقولهم من الإنشاء التمني والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لمعناه يطابقه أو لا يطابقه إنشاء وهو يعم ما ذكره وغيره مما بينه ألا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتي وليت لي مالا ليس منه الترجي ذلك وتمنيه بل دال على الترجي والتمني القائمين بالمتكلم كأنه أخبر عن قيامهما به غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه إخبارا إنما قلنا بخلاف بعت ونحوه فإنه علة يثبت به شرعا معنى لا قدرة للمتكلم على إثباته وإسناد الإنشاء على هذا الوجه لا يمكن إلا ممن له الخلق والأمر تبارك الله رب العالمين

ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت بكذا او اعطيتك

بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

سواء سمي خبرا او انشاء اصطلاحا او لا واذا كان الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يضع له في اللغة لفظا بخصوصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة
لفظ الخبري وشرعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد اي يثبت به واما التعليل بان لفظ الماضي ادل على الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق
الوجود سابقا فاختير لذلك بما يعطي حصر العلية عليه وليس كذلك بل الوجه انه تعليل لاولوية لفظ الماضي بان يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما
ستسمع **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك اما البيع فاذا قال بعني بالف فقال
بعتك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه مما قال الطحاوي انه قد ينعقد بثلاثة الفاظ قال وقد مر الفرق هناك يعني قوله لان هذا توكيل يعني زوجني
فاذا قال زوجتك كان ممتثلا امر الموكل مزوجا له ووليا لنفسه وجاز للواحد تولي طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقدمنا من قال ان لفظة الامر في النكاح
جعلت ايجابا لان النكاح لا يصح بالخلطة فيه وطلبه لا بعد مراجعات وتامل واستخارة فغالبا فلا يكون لفظ طلبه اعني زوجني مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا
بخلاف البيع لا يكون مسبوقا بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لا يتم فرق المصنف رحمه الله لانه مبني على كونه توكيلا واما
الفرق بان رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فمبني على جعل الامر ايجابا ثم فيه نظر لانه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله
زوجني نفسك قبل قولها زوجتك لانه الحاق الشين وانكسار قلبهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفي بالامر فيهما عن الايجاب ومنها النكاح والخلع
يقع فيهما ايجابا الخامسة اذا قال لعبده اشتر نفسك مني بالف فقال فعلت عتق السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة السابعة
قال لصاحب الدين ابرئني عما لك علي من الدين فقال ابرأتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال كفل بنفس فلان لفلان فقال كفلت تمت فان كان الطالب
تقدم واجاز كفالته جاز واعلم ان عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادقا على نية الحال اما اذا تصادقا على اثبات البيع في الحال فينعقد به في القضاء
لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صيغة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح اذا ذكره بلفظ المضارع
لان المضارع في الاصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز انتهى وعلى هذا ينبغي ان يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ
بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله بعني انه اراد معنى اشتريته بكذا ينبغي ان لا يصدقه القاضي مثال ذلك ان يقول ابيع منك هذا بكذا او
اعطيكه فقال اشتريه او آخذه ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على احد القولين
والا فالمختار انه موضوع للحال واما الامر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الاخبار
كمال الانقطاع فلا تجوز به فيه فلا يقال بعته والمراد اشتريته فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المقرون بالسين
نحو سابيعك فلا يصح بيعا ولا تجوز به في معنى بعتك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم ان كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع
مخصوص بما اذا لم يكن الاب يشتري مال ابنه لنفسه او يبيع ماله منه والوصي عند ابي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه ولنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية
وقيده في نظم الزندويسي بما اذا لم يكن نصبه القاضي **قوله** وقوله رضيت بذا بدرهم فقال بعتك وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت او قال اعطيتك
بكذا فقال فعلت او اجزت او اخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع او المشتري يتم بها البيع لافادتها اثبات المعنى والرضا به وكذا لفظة خذه
بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال اخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته اعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي
الا ان استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدي هذا بالف فقال فهو حر عتق ويثبت

ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا قال للعتق وانما صح بهذه ونحوها لانها تؤدي معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود الا يرى الى ما قالوا
لو قال وهبتك او وهبت لك هذه الدار او هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احترازا عن الطلاق والعتاق
فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى وانت تعلم ان اقامة اللفظ مقام المعنى اثره في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضاء
ان لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا اراده صح فلا فرق بين بعت وابيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ
بعت هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم يقيده بما اذا لم ينوبه فانه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضي وغيره
بلا نية ومن الصور بلفظة نعم تصح ايجابا في قول المستفهم اتبيعني عبدك بالف فقال نعم فقال اخذته فهو بيع لازم وكذا ابيعك منها اشتريته منك بالف
فقال نعم او هات الثمن وكذا اذا قال هذا عليك بالف فقال قبلت ولو قال هو لك بالف ان وافقك وان اعجبك او ان اردت فقال وافقني او اعجبني
او اردت انعقد ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان اديت
ثمنه فقد بعته منك فادى في المجلس جاز استحسانا **فروع** في اختلاف الايجاب والقبول قال بعتكه بالف فقال اشتريت بالفين جاز فان قبل
البائع الزيادة ثم بالفين والاصح بالف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته بالفين فقال البائع بعتكه بالف جاز كانه قبل
بالفين ثم حط عنه الفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة فلو كان في يد المشتري من اول الامر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين
عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزمه باحدهما كلاما مطلقا ولو قال بعتكه بالف بعتكه بالفين فقال قبلت الاول بالف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس كذا
في الطلاق والعتاق على مال قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة الاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة الاف يعني يكون البيع بالفين والالف زيادة ان شاء قبلها
في المجلس وان شاء ردها وكذا بالف بمائة دينار انما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمنان والاول في الزيادة وجه واذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري
قوله ولهذا ينعقد اي ولان المعتبر هو المعنى ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس ما دونها وقوله هو الصحيح احتراز
عن قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط واراد بالخسيس الاشياء المحقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة
قال ابو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا فاخذ رمانة ولم يتكلم ومضى ووجه الصحيح ان المعنى وهو الدلالة على التراضي
يشمل الكل وهو المصحح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع انتهى وفي شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام في رجل
قال للرجل بعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم انكر ان يكون فلان امره بذلك ثم جاء فلان فقال انا امرته قال يأخذه فلان فان قال لم آمره وقد كان
اشتراه لم يكن له الا ان يسلمه المشتري له فان سلمه واخذه الذي اشتراه له كان بيعا للذي اخذه من المشتري وكان العهدة عليه اي الآخذ على المشتري قال
على صحة التعاطي في النفيس وفي المنتقى له على آخر الف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال اعطيك بمالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم
فارقه فجاء بها فدفعها اليه يريد الذي كان ساومه عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعا جاز الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشيء وليس معه دراهم ثم فارقه وجاء
بالدراهم فاعطاه الثمن كان له جائزا ومن صوره ما اذا جاء المودع بامة غير المودعة وقال هذه امتك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فاخذها
حل له وطؤها وللامة التمكين وعن ابي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فحلف الخياط انها هي وسعه اخذها ومنها قول الدلال للبزاز بكم هذا الثوب
بدرهم فقال صنعه وفي اجناس الناطفي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله له فهو بيع وكذا لو قال للقصاب زن لي فوزنه وهو ساكت فهو بيع

قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا
خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر
فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته
ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة

حتى لو امتنع من دفع الثمن بعد اخذ اللحم او امتنع القصاب من دفع اللحم اجبره القاضي وكذا اذا قال زن لي بما عندك من اللحم على حساب ثلاثة ارطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة ارطال فوزنها له الخيار لانه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن الفخذ فكذا وقوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة اختارها فذهب بها والبائع ينظر او عزل البائع عشرة فقبلها المشتري تم البيع واختلف في ان قبض البدلين شرط في بيع التعاطي او احدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رح على ان بيع التعاطي يثبت بقبض احد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على ان تسليم المبيع يكفي لا يخفى الآخر منها لو ردها بخيار العيب والبائع متيقن انها ليست فاخذها ورضي فهو بيع التعاطي

قوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول ان شاء قبل وان شاء رده وللموجب ايهما كان بائعا او مشتريا ان يرجع قبل قبول الآخر عن الايجاب لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر بالمعارض اقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك والموجب هو الذي اثبت له هذه الولاية فله ان يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ولانه الاجماع تنفيها الا ترى ان للاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد ان يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف ذلك والبائع قبول المشتري بطل واورد في المعاني الزكوة المعجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه ان الاصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب انما الغائب وصفه وهو النماء بعد انعقاد السبب حكمه ثم الامر وفيما نحن لم يوجد الاصل بل شطره فلا يكون البيع موجودا ولانه لو قبل ما دام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد فاختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه ما لو قام احدهما فظاهر مذهب الهداية وعليه مشى جمع انه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضي خان حيث قال فان قام احدهما بطل يعني الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يثبت الاعراض قلنا الصريح انما كان اقوى لو بقي الايجاب بعد قيامه وهنا لم يبق فان الاصل ان لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به الا ان للمجلس اثرا في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه اشير في جمع التفاريق وهذا شرح في قوله فيما اذا وايهما قام الى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفي الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعدما مشى خطوة او خطوتين جاز ولا شك انهما اذا كانا يمشيان مشيا متصلا لا يقع الايجاب الا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب في صلوة فريضة فتممها ثم اجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم الى ركعتيها الاخرى ثم قبل بخلاف ما لو كملها اربعا وفي يده كوز فشرب ثم اجاب جاز وكذا لو اكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين او احدهما فهي فرقة ولو كانا في السفينة فكالبيت فلو عقدا وهي تجري فاجاب الآخر لا ينقطع المجلس بجريانها لانهما لا يملكان ايقافها وقيل يجوز في الماشيين ايضا ما لم يتفرقا بذاتيهما اما السير فلا افتراق فلا وهكذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعتك بالف ثم قال لآخر بعتك بالف فقبلا فهو للثاني لا للاول ولو قال بعتكه بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجته بطل **قوله** والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة فصورة الكتاب ان يكتب اما بعد فقد بعت عبدي منك بكذا فلما بلغه وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد والرسالة ان يقول اذهب الى فلان وقل له ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فاخبره فاجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعت عبدي هذا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فاخبره فذهب فاخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل

فليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا

فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما فلو بلغه بغير أمره لم يجز لأنه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا فاكتب بعتكه لا يتم بالرسول الأول قبلت وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب إليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع وليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فمعنى قبل الحاضر يكون شيئا عادة وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطري العقد هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الإجارة والهبة والكتابة فأما الخلع والعتق على مال فإنه يتوقف شطر العقد في حق المرأة والعبد بالإجماع إذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب ويقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على ألف فإنه لا يتوقف بالإجماع وفي النكاح من الخلاف فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا **قوله** وليس له أن يقبل الخ يعني إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض فيكون البيع بما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كعبد واحد أو كيلي أو موزون فأما إذا كان ما ينقسم إلا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وإن قبل الآخر واستشكل على عبارة الكتاب هذا أنه إنما يقع فيها تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام أن ضمير له في قوله وليس له راجع إلى أحد المتعاقدين في قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو للآخر وحينئذ يكون أعم من البائع والمشتري فمعناه في البائع أنه إذا أوجب المشتري البيع بأن قال اشتريت هذه الأثواب وهذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من الأثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لأنه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته إلى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الأثواب لعزتها وبعضها لا تقوم بحاجته فلو ألزمنا البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الأمور وأما في المشتري فمعناه إذا أوجب البائع البيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه إذ يتضرر بتفريق الصفقة لأن العادة أن يضم البائع الجيد إلى الردي ليروجه به فلو ألزمناه البيع لبقي الردي وذهب ما يروجه فيتضرر بذلك ومعلوم أن القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه المصنف للعلم به لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لأن ذلك يستفاد من العبارة الأولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه أي وليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذي أوجب فيه المشتري البيع ولا أن يقبل المشتري في بعض المبيع فيما إذا كان الموجب هو البائع والحاصل أن عدم صحة القبول في البعض للزوم تفريق الصفقة فوجب أن يعرف بما يثبت اتحادها وتفريقها فاعلم أنه تارة يكون من تعدد القائل وتارة من غيره فأما من تعدد القائل فامتناعه لما فيه من إلزام الشركة مثاله أن يقول البائع للمشتريين بعتكما هذا بألف فقال أحدهما اشتريت دون الآخر فإنه لا يلزم لأنه لو تم في النصف لأنه إنما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لزم صار شريكا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال رجل لمالكي عين اشتريت منكما هذه بألف فباع أحدهما دون الآخر فإن جميعها تم في نصيبه فتتعدد فلما تم تضرر المشتري الموجب بالشركة أيضا وأما إذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك واشترينا منك هذا بكذا فأجاب هو في بعضه لا يلزم لكن لا للتعدد بتعدد العاقدين بل للإجابة في البعض ألا ترى أن الموجب فيها لو كان واحدا والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة أيضا فعرف أن هذا من جهة أخرى لا من تعدد العاقد وأما من غيره فصورتين أحدهما أن يوجب البائع في مثليين أو واحد قيمي أو مثلي فيقبل في البعض أو يوجب المشتري فيما ذكرنا بأن يقول اشتريت منك بكذا فيقبل البائع في البعض فإن في كل منهما الصفقة واحدة فإذا قبل في بعضها فرقها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو إما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره فيما إذا كرره فالاتفاق على أنه صفقتان فإذا قبل في أحدهما يصح مثل أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف

وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا أن في الفسخ إبطال حق الغير فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الأقوال

أو اشتريت منك هذين اشتريت هذا بألف وهذا بألف كذا في موضع وفي موضع أن يقول بعتك هذين بعتك هذا بألف وهذا بألفين وفيما إذا لم يكرر مثل بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفقتان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وإن مراد صاحب الهداية إذا كرر لفظ البيع فأما إذا لم يكرره وقد اتحد الإيجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له أن يقبل في أحدهما وقيل الأول استحسان وهو قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لأن الظاهر أن فائدته ليس إلا قصده بأن يبيع منه أيهما شاء وإلا فلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما **قوله** وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية وهو قول مالك رحمه الله وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خيارا رواه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنه قال قال النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر وروى البخاري أيضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه مرفوعا البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا السمع والقياس أما السمع فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير وقوله تعالى وأشهدوا إذا تبايعتم أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد اللزوم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملزوما اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي إلا شرعا فإنما أباح الأكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض وأما حديث حبان بن منقذ حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم إذا ابتعت فقل لا خلابة ولي الخيار فقد أثبت له باشتراط خيارا آخر ثلاثة أيام فإنما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا باشتراط في صلب العقد لا أصل الخيار ولا مخلص إلا بتسليم إمكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لأنه مجازه والمتشاغلان يعني المتساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وبهذا حمل إبراهيم النخعي لا يقال هذا أيضا مجاز لأن قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد لا متبايعان لأنا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له إلا حال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزائه فبالضرورة يصدق مخبر حال النطق ببعض حروف الخبر إذ لا يتحقق له حقيقة ولأنا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر التبايع من أو متراوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل إثبات خيار القبول ونفي توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضي السابق في التزامه لكلام أحدهما بعده وقال المصنف أو يحتمله فيحمل عليه جمعا بين ما ذكرنا من الآيات حيث كان المتبادر إلى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الإيجاب والقبول مع عدم توقف الأسماء على أمر آخر لا يقال إنما نفى خيار القبول خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القائل لا خيار لهما لأنه ممنوع بل الموجب أيضا له خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وأن لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الأقوال وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول وإسناد التفرق إلى الناس مرادا به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة

قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل

وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة ونحو فيراد بما في قوله او يقول احدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايجابه للآخر اختر القبول او لا والاتفاق على انه ليس بمراد ان بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه اعلم اما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع واما ما يقال تعلق حق كل من المتعاقدين ببدل الآخر فلا يجوز ابطاله بغير رضاه بان ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث وانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرنا من معنى المتبايعين واما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد ذلك لعمل به فغايته في النصف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك محجوج به **قوله** والاعواض المشار اليها سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب او اثمانا كالدراهم والدنانير لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع فاذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة او هذه الكورجة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية له فقبل جاز ولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يمنع من التسليم والتسلم التسليم المعجل بجهالة القيمة لا تمنع الصحة في الفتاوى قال اخبرك في يدي ارض خربة وليبادي شيئا فبعها من فلان بدراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها اكثر جاز البيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه لاجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا ولا في راس مال السلم اذا كان مكيلا او موزونا عند ابي حنيفة رح لما يجيء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير جنسها اما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعا والتقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة مقدارها احتراز عن الصفة فانه لو اراه دراهم وقال اشتريت بهذه فوجدها زيوفا او نبهرجة كان له ان يرجع بالجياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الجياد ولو وجدها ستوقة او رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان استهلكها ولو قال اشتريتها بهذه الصبرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم راى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصبرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود **قوله** والاثمان المطلقة اي عن قيد الاشارة لا تصح حتى تكون معلومة القدر كخمسة وعشرة دراهم او كر حنطة بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فانه ليس عوضا مشارا اليه فان المشار اليه الحجر ولا يعلم قدره جزما بالوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فوزن به كان له الخيار ومما لا يجوز البيع به البيع بقيمته او بما حل به او بما يريد او يحب او براس ماله او بما اشتراه او بمثل ما اشترى فلان فما يجوز فان علم المشتري القدر في المجلس فرضيه عاد جائزا وكذا لا يجوز بالف درهم الا دينارا او بمائة دينار الا درهما وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس الا ان يكون شيئا لا يتفاوت كالخبز واللحم والصفة كعشرة دراهم بخارية او سمرقندية وكر حنطة بحرية او صعيدية وهذا لانها اذا كانت مجهولة الصفة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الادون والبائع يطلب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعواض في البيع اما دراهم او دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها او بجنسها ويكون صرفا واما اعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة ابدا ولا يجوز فيها البيع الا عينا الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعا في الذمة بطريق السلم تثبت دينا مؤجلا في الذمة على انها ثمن وحينئذ يشترط الاجل لا لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة الى اجل جاز ويكون بيعا في حق العبد حتى

قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوماً لإطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه السلام أنه اشترى
من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه ولا بد أن يكون الأجل معلوماً لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه
به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها **قال** ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لأنه المتعارف وفيه التحري
للجواز فيصرف إليه فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء لأن الجهالة مفضية
إلى المنازعة إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف إليه تحرياً للجواز وهذا إذا كانت مختلفة
في المالية فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع إذا أطلق
اسم الدرهم كذا قالوا ويصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية

قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب حتى يشترط فيه الأجل، ويمتنع بيعه قبل قبضه لالتحاقه بالسلم فيما يكيل أو يوزن أو عددي متقارب كالبيض فإن قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأمثالها من المثليات فما كان موصوفاً في الذمة فهو ثمن وما كان معيناً فهو مبيع فإن كان كل منهما معيناً فما صحبه حرف الباء أو لفظة على إن كان ثمناً والآخر مبيعاً، وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع: المكيل والموزون إذا لم يكن معيناً فهو ثمن دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل، ولكن لو قال اشتريت منك كر حنطة بهذا العبد لا يصح إلا بطريق السلم فيجب أن يشترط الأجل للحنطة، واعلم أن التقدير المشروط قد يكون عرفاً كما يكون نصاً في العقد، فلو قال اشتريت منك هذا الثوب أو بهذه الدار أو بهذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير أو دراهم إن كان في البلدان يتبايع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلس، وإن كان في بلد لا يتبايع الناس بهذه الجملة ينصرف إلى ما يتبايع الناس بذلك النقد انتهى. وحاصله أنه إذا صرح بالعدد فتعيين المعدود من كونه دراهم أو دنانير أو فلوساً يثبت على ما يناسب المبيع ولو وقع شك فيما يناسب وجب أن لا يتم البيع **قوله** ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل لإطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وبالثمن المؤجل بيع، وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً من حديد، وفي لفظ الصحيحين طعاماً بنسيئة، وقد سمي هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه السلام رهن درعاً عند أبي الشحم رجل من بني ظفر في شعير، ولا بد أن يكون الأجل معلوماً لأن جهالته تفضي إلى المنازعة في التسلم والتسليم فهذا يطالبه في قريب المدة وذاك في بعيدها، ولأنه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الأجل وهو السلم أوجب فيه التعيين حيث قال من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، وعلى كل ذلك انعقد الإجماع، وأما البطلان فيما إذا قال بعتكه بألف حالاً أو بألفين إلى سنة فلجهالة الثمن، ومن جهالة الأجل ما إذا باعه بألف على أن يؤدي إليه الثمن في بلد آخر، ولو قال إلى شهر على أن يؤدي الثمن في بلد آخر جاز بألف إلى شهر ويبطل شرط الإيفاء في بلد آخر لأن تعيين مكان الإيفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حمل ومؤنة صح، وعلى قول محمد رحمه الله إذا باعه على أن يدفع إليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فإن البيع فاسد لأن محمداً رحمه الله علله بتضمنه أجلاً مجهولاً حتى لو سمى الوقت الذي يسلم إليه فيه المبيع جاز البيع، وأما أبو يوسف رحمه الله فإنما علله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد.

قوله ومن أطلق الثمن في البيع أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بأن قال عشرة دراهم مثلاً انصرف إلى غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه، فإن كان إطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بجماعة جيد دراهم غيرها فهو تخصيص الدرهم بالعرف القولي وهو من أفراد تلك الحقيقة بدلالة العرف، وإذا كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحرياً للجواز وعدم إهدار كلام العاقل، فإن كانت النقود مختلفة المالية كالذهب الأشرفي والناصري بمصر لكنها في الرواج سواء فالبيع فاسد لعدم إمكان الصرف إلى أحدهما بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج، وإذا لم يكن الصرف إلى أحدها والجهالة أنها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية إلى النزاع لأن المشتري يريد دفع الأنقص مالية والبائع يريد الأعلى فيفسد البيع إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدها في المجلس ورضا الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره، وصار كما لو قال الدائن لمديونه بعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك أو بعني الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحاً لعدم إفضاء جهالة الثمن الأول إلى المنازعة لعلم البيع الثاني إليه إذ به يصير ثمنهما عشرة وهذا محمل على قول

قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة فيه مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة

بعد قول المديون نعم ونحوه وان كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح ويصرف الى الاروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل للعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويؤدي من ايتها شاء لانه لا فضل لاحدها فلو طلب البائع احدها بعينه كان للمشتري ان يعطيه من الصنف الآخر لان الامتناع عن قبض ما اعطاه المشتري مع انه لا فضل للآخر عليه ليس فيه الا التعنت وبهذا تعلم ان الدراهم والدنانير لا تتعين حتى لو اراه درهما اشترى به فباعه ثم حبسه واعطاه درهما آخر جاز يعني اذا كانا متساويي المالية والثنائي والثلاثي اسماء دراهم كانت ببخارا وهم مختلفة المالية وكذا الركني والخليفتي في الذهب كان الخليفتي افضل مالية عندهم والعدالي اسم لدرهم **قوله** ويجوز بيع الطعام وهي الحنطة ودقيقها خاصة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير فقوله والحبوب عطف العام على الخاص ويقدر وكذا باقي اي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام مكايلة اي بشرط عدد من الكيل والافهي اللغة المكايلة ان تكيل له ويكيل لك ومجازفة اي بلا كيل ولا وزن بل باراءة الصبرة والجزاف في الاصل الاخذ بكثرة من قولهم جزف له في الكيل اي اذا اكثر ومرجعه الى المساهلة قال المص وهذا يعني البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فاما الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربوا وهو مانع كحقيقة الربوا وهذا ايضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها واما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والتقييد تقييد ايضا بما اذا باع غير محبوب من الربويات بجنسها ككفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة لسبب انه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة بكفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربوا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي ذكره ذكره بمعناه وهو ما روى اصحاب الكتب الستة الا البخاري عنه عليه السلام انه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد ولان هذه الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم لتعجل التسليم على ما تقدم فلا يمنع فشابه جهالة القيمة للمبيع بعد رؤيته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوي مائة درهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع تم البيع ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره قد قيد الاناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كان يكون من خشب او حديد اما اذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها او راوية من ماء النيل عن ابي حنيفة انه لا يجوز لانه ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن الحق في المجرد جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقايين ولو ملأه باصغرهما لا يقبل وكذا الرواية مثله يوفيه في منزله وعن ابي يوسف رح اذا ملأها ثم تراضيا جاز كما لو قالوا باع الحطب ونحوه احمالا لا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باع الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الخانية وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القربة معينة وعن ابي يوسف رح ايضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط بيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله في وعاء ووجه في المبسوط مسئلة الكتاب بان في المعين مجازفة فيجوز فبمكيال غير معروف اولى وفيه نظر فان في المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة تفيد الاحاطة لمنتهى اجرامه واقطاره وشمل هذا التمييز لا يحمله بما في كيل غير معلوم قبل ان يعيب فالا ولو تفسخه بالشك والوجه يقتضي ان يثبت الخيار اذا كال به او وزن للمشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر نص في جمع النوازل على ان فيه الخيار اذا علم به ومعلوم ان ذكر بالوزن وفي جمع التفاريق عن محمد رح جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وتمنا

قال ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة رح أنه لا يجوز في البيع أيضا والأول أصح وأظهر

ان يكون بذا المحل المرواية عن ابي حنيفة رح ان لا يجوز في البيع ايضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز راجع الى الملزم قال المص والاول اصح اى من جهة الرواية واظهر اى من حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله ان الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة وذلك لانه يتعجل فيه هلاكه بخلاف السلم لا يتعجل فيه فقد يهلك ذلك الكيل والحجر ويتعذر تسليم المسلم فيه ولا يخفى ان هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار واقرب الامور الى ان يكون فيه قول ابي حنيفة رح في المسئلة التي قبل هذه وهي ما اذا باع صبرة على كل قفيز بدرهم انه اذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشتري كما اذا راه ولم يكن راه مع ان الفرض انه راى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية اتم وصار كما اذا راى الدهن في قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روي عن ابي يوسف رح اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنقص بالجفاف وعود بعضهم على ذلك وليس بشيء فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل التسليم ولا جفاف يوجب نقصانا في ذلك الزمان وباذ يفرض من تاخره يوما او يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فتتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والفرض ان اقل مدة السلم ثلثة ايام ولا شك ان تاخر التسليم فيها الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة لان هلاكه ان ندر فاختلاف قدره بتميز قدر النقصة فيه ليس بنادر وكل السادات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء يدا بيد فلا باس به ثم ان في المعين البيع جائز فيه يجوز بمكيال غير معروف اولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكره وتقدم النظر في الاولوية هذا وأورد على التعليل بان الجهالة لا تفضي الى المنازعة ما اذا باع عبدا من اربعة بخيار المشتري ايهم شاء او باع باي ثمن شاء فالبيع باطل مع انه لا يفضي الى المنازعة اجيب بان المبطل في المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة وكان مقتضاه انه لا يجوز في عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سياتي ولا شك ان القياس ما عن ابي حنيفة رح في القربة من ماء النيل فانه كبيع الطير قبل ان يصطاده ولو باع بملء هذه الجراب من حنطة وليس في ملكه حنطة صرح بانه لا يجوز الا ان يكون سلما واما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد ان يسمي نوع القربة في ديارنا مصر اذا لم تكن معينة مثل قربة كساقية او سقاوية او رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير اهدر في الماء ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموعة في بيت او مطمورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفرة الحفيرة ان له الخيار اذا علم ان شاء اخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له الا ان يظهر تحتها دكان اي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن ابي جعفر رح باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى بعت منك ما في هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال ما في هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجوالق ولو قال بعت منك نصيبي من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موزونا باناء على ان يفرغه فيزن الاناء فيحط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما اذا باع الجمد الكائن في المجمدة قيل لا يجوز حتى يسلم اولا ثم يبيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه ابي جعفر رح اذا سلمه قبل ثلاثة ايام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تذوب في كل ساعة وهو وجه في منع قبل التسليم غير ان النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلذا اهدر وجاز وقيل يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجمد ورخصه فينظر الى بعده الناس كثير الحسب الاوقات فيجيز اذا سلمه قبل ويساق من هذا الباب شيء

قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس وصار هذا كما لو أقر وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد بالإجماع ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع كما إذا باع عبدا من عبدين على أن المشتري بالخيار ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه علم بذلك الآن فله الخيار كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

في خيار الرؤية إن شاء الله تعالى **قوله** ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رح يعني أن موجب هذا اللفظ والإشارة إيجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي إلى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه فيثبت ح على وجه يكون الخيار للمشتري فإن رضي به لزم البيع على البائع وإن لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا وروى أبو يوسف رح عن أبي حنيفة رح أنه لا يجوز إلا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضي المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه وقال أبو يوسف ومحمد يصح البيع في الكل وهو قول الأئمة الثلاثة ثم إذا جاز في قفيز واحد فللمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لأن التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسمية جملة القفزان له أنه تعذر صرف البيع إلى الكل بجهالة المبيع والثمن ولا جهالة في القفيز فلزم فيه فإذا زالت بالتسمية أو الكيل في المجلس يثبت الخيار كما لو ارتفعت بعد العقد بالرؤية إذ المؤثر في الأصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما إذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد وفي المحيط عن بعض المشايخ أن عنده يصح في الكل وإن علم بعد المجلس لبعيد لأن ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم إسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس وكذا زوال جهالة الأجل المجهول بعدما حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لأن المفسد فيهما لم يكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس وهذا لأن الفساد فيهما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل ولهما أن هذه الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تفضي إلى المنازعة لأن بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا أو قليلا وجوابه أن المفسد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدر العدم الإشارة ولا معرف له شرعا غير ذلك والجواب يمنع كونها غير مفضية إلى المنازعة لأن البائع قد يطالب المشتري بتسليم الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره وفتيانا زمان فيها ظاهر لأنه لا يتصور أن يطالبه إلا بعد أن كيله ليعرف القدر الذي يطالبه به إذ لا يمكن أن يطالبه إلا بكمية خاصة مشار إليها أو مضبوطا بالوزن وقع بعلمها المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا بالتقدير كان مطلا لا منازعة المفسدة لما أن هذه جهالة بيدهما إزالتها بأن كيلا في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تفضي إلى المنازعة كبيع عبد من عبدين أو ثلاثة على أن المشتري بالخيار يأخذ أيهما شاء وقد أورد عليه نقض إجمالي لو صح ما ذكر من أن الجهالة التي بيدهما إزالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وأن يجوز بيع عبد من أربعة على أن المشتري مخير في تعيينه وأن يجوز البيع بأي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل أجيب بأن البيع بالرقم تمكنت الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا أو كذا وجوازه إذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لأنه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول البيع بأي ثمن شاء ومثله في أحد العبيد الأربعة في جانب المبيع فإن البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عبد من ثلاثة إلا أنه يثبت بالنص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى أن كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لأبي حنيفة رح فإنها تضمنت تسليم أن الجهالة وإن كانت بيدهما إزالتها بعد كونها في صلب العقد وهي أن تكون في الثمن كالبيع بالرقم وبأي ثمن شاء أو في المبيع كبيع عبد من أربعة يمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع إمكان إزالتها ثابت في محل النزاع إذ أجاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين إلا بكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له من دفع منع الخطر والتمكن في صلب العقد وهو المفيد وإذا فسد البيع في عبد من أربعة والجهالة في منضبط لانحصارها في الاحتمالات الأربعة

ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رح وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق

قال ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط

لا تعدادا فلان يفسد في صبرة لا يقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه اربع امكانات او عشرة اولى بل ويستحيل عليهما ببطلان قياسهما على بيع عبد من عبدين اذ الظاهر من الجواب انه معدول عن القياس ولذا امتنع في اربعة اعبد. وقد رجح قول ابي حنيفة رح وكان كون العاقدين بيدهما ازالة الجهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل ازالتها بدليل الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع امكان ازالتها فيها وفائدته اذا ازيلت في المجلس وهما على رضاهما ثبت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الاول كما ذكر في الرقم بل ولهذه الفروع ذكرت امثال يطول عدها يبطل البيع فيها بجهالة في الثمن او المبيع مع امكان ازالة احد المتعاقدين لها وتاخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيحه قولهما وهو ممنوع والذي يكمل قول ابي حنيفة عليه ما ذكر في المبسوط من ان الاصل عنده انه متى اضيفت كلمة كل الى ما لا تعلم نهايته فانما يتناول ادناه لصيانته عن الالغاء كالاقرار بان عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا اجارة كل شهر بدرهم تلزمه في شهر واحد فلا حاجة هنا لانه لو منع صحة هذا الاصل كان اثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه اصل هذا الاصل **فرع** اشترى حطبا بغير عينه خارج المصر وشرط ان يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد ولو كان في المصر وشرط ان يحمله الى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله تشترط ان يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد وفي الاستحسان ابو حنيفة وابو يوسف ح جوازه بالعرف فان الانسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة اخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر و بعض المشائخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايفاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الائمة الفرق فان الايفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل **قوله** ومن باع قطيع غنم الخ لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات فاذا اضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بان قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم او هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند ابي حنيفة رح اما اذا سمى احدهما فيصح بالاتفاق بالعلم بتمام الثمن مطابقة او التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع عندهما يجوز في الكل لما قلنا من ان الجهالة بيدهما ازالتها وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والقادر كون ارتفاعها بيدهما غير ان الآحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد فسد في الكل ولهذا لو باع شاة او عشرا من مائة شاة او بطيخة او عشرا من وقر بطيخ كان باطلا واما الجواز فيما اذا عزلها وذهب بها البائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال التابلي ان ذلك في ثوب يضره التبعيض اما في الكرباس فينبغي ان يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحمل البطيخ كل بطيخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن ابي حنيفة رح لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير لائق باصله المذكور في الخلاصة وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب ان يجوز في وقر واحد عند ابي حنيفة رح كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب اجناسا لا يجوز البيع اصلا عند ابي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا اورد الصدر الشهيد والفقيه ابو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من اجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما تيسيرا للامر على الناس انتهى وتفريع الشهيد اوجه **قوله** ومن باع صبرة طعام على انها مائة قفيز مثلا بمائة تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى

ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة

بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع المثلي كيلا او موزونا وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة عليه وكذا الخلاف في كل مكيل وموزون وان وجد بزائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين ليس له جهة الا صفته فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا او ارضا على انه عشرة اذرع او مائة ذراع بمائة فوجد المبيع اقل فان شاء اخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجد بزائدة العشرة او المائة كان الكل للمشتري ولو كان قال على انها مائة ذراع مثلا بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها اقل فللمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وان وجدها اكثر فله الخيار ان شاء اخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع واصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة اجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينتقص شيء من الثمن او اعورت عند المشتري جاز له ان يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزائد في صورة الزائد كما اذا باعه على انه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان افرد بالثمن هو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار اصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باع هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يتخير بين ان يأخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين ان يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم يسلم له الزيادة لصيرورته اصلا كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زاد عدد الثياب على المشروط فان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد البيع للزوم جهالة البيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بسبب انه اصل من كل وجه اما هذا فالذراع ليس اصلا من كل وجه فيثبت له الخيار بين ان يأخذ الزائد بحصته وبين ان يفسخ لانه وان صح له اخذ الزائد لكنه بغير حصته وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر انهم اعتبروا الطول وصفا تارة واصلا اخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الا اصلا والحاصل مع ان الطول والعرض ايضا يرجع الى القدر ويمكن ان يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل لان المثلي لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى تفريق في القلة لم ينقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض الا ترى ان الثوب الذي عادته عشر ثمنه عشرة وهو قدر ما يفصل قباء او جبة كان ثمن اذا قسم على اجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل اقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا ان كل جزء منه لم يكن كثوب كامل مفرد **قوله** ومن باع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وبه قال الشافعي رح وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم منها جاز في قولهم جميعا ومبنى الخلاف على ان المودى من بيع عشرة اذرع من مائة ذراع معين وشائع فعندهما شائع كانه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما في بيع عشرة اسهم من مائة سهم وعنده موداه قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة عند البيع فلو اتفقوا على ان مودى عشرة اذرع من مائة من هذه الدار شائع

ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا

جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز

في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما

وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا

لم يختلفوا ولو اتفقوا على انه معين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة مبني على انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم او لهم كتاب فاتفقوا
على الثاني اتفقوا على جوازه او على الاول اتفقوا على جوازه او على الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في ترجيح المبني فابو حنيفة يقول
الذراع اسم لما يذرع به ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحله وما يحله معين فكان المبيع معينا
مقدار العشرة اذرع بخلاف عشرة اسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة اجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان
الدار قرينة على انهما ارادا بيع الشائع لانه به يعرف نسبة العشرة من الكل انها العشر والا فلا فائدة في تعيينه لان العشرة اذرع لا تتفاوت
مقدارا بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين في ذلك لجواز ان يرفع به الفساد فانه بيع عشرة اذرع من ثوب لا يجوز على قول
ابي حنيفة رح ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشائخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهالة بيدهما ازالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة
وصح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة يجوازا ان يكون العاقد يرى الرأي الاول ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة اذرع من مائة ذراع
علم ان ما قال الخصاف من ان الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان واما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا
من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفي الجهالة من البعض الذي بيع منه واختلف المشائخ على قولهما
فيما اذا باع ذراعا او عشرة اذرع من هذه الارض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة
من الكل وذلك فرع معرفة جملتها والصحيح انه يجوز لانها جهالة بيدهما ازالتها بان تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع او العشرة منها فيعلم قدر المبيع
قوله ومن باع عدلا صورتها ان يقول بعتك ما في هذا العدل على انه عشرة اثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع
بالمجموع فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع في صورة الزيادة لما قررنا من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار اصلا
من وجه والثمن في صورة النقصان لان الثمن لا ينقسم اجزاؤه على حسب اجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصة معلومة
من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا فلو كان فصل لكل ثوب ثمنا بان قال كل ثوب بعشرة
جاز البيع في فصل النقصان بقدره اي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه ولم يجز في الزيادة لان
جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الآخر عشر وقيل عند ابي حنيفة لا يجوز البيع في فصل النقصان ايضا قال في الذخيرة
واكثر مشائخنا على ما ذكر في الكتاب من ان البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما اما على قول ابي حنيفة رح فالعقد فاسد في الكل لانه فسد
في البعض بمفسد مقارن وهو العدم والاصل عند ابي حنيفة رح ان العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة
في الجامع تدل على هذا وهي رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما مروي بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى
الكوفة اما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فعند النحويين فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكانه للفرق بين القريتين قال فسد البيع في الثوبين
جميعا عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز في الهروي والثابت في مسئلة الجامع الصفقة لا اصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده في الكل
والفائت احدهما اولى واليه مال الحلواني وقال انه الصحيح عنده وكذا اشار شمس الائمة السرخسي الى اكثر مشائخنا ثم قال والاصح عندي ان هذا
قولهم جميعا يعني عدم الفساد في الباقي لان ابا حنيفة رح في نظائر هذه المسئلة انما افسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهي انه جعل قبول العقد

ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمة الله عليه في الوجه الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني ياخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمة الله عليه ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فيما يفسد فيه العقد شرطا فان قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصدا ايراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد واقول لو اشترط قبول العقد في المعدوم ان كان صريحا فممنوع ولا يفترقان في الثوبين ايضا ما شرط قبوله في المروي صريحا وانما المقصود انه اذا اضاف العقد الى متعدد ومنفعة كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك ان في العشرة ايضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرط القبول فيما سواه وهو لا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا الخ وحاصل قوله وما قصدوا الى آخر ما اشار اليه المصنف وهو ان الشيئين الموجودين المعقود عليهما اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول في الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس بداخل في العقد حتى يكون قبوله شرطا للعقد في الآخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلما لم يجعل شرطا لم يفسد العقد في الآخر فقد ظهر ان مناط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك ان احتمال الغلط انما يتاتى من جهة البائع على معنى انه اوجب الا في التسعة ولكنه عبر عنها بالعشرة غلطا فالمشتري انما قبل في عشرة ما كان نما انما تلاقى الايجاب والقبول كما لو عزل التسعة الثواب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا في العشرة وان كان معنى غلطه انه قصد الايجاب في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم ينعقد العقد لان المقصود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لقبوله في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاده قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فاحرى ان يكون البيع باطلا كما ذكر فيمن باع كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى قاضي الحرمين ان العقد فاسد في الفصل الاول وفيه ايضا هذه الحنطة على انها اقل من كر فوجدها كذلك جاز الا في رواية عن ابي يوسف رح وان وجدها كرا او اكثر فالبيع فاسد ولو قال كرا او كرين جاز كيف ما كان غيرانه يتخير في الاقل كما لو قال على انها كر وعلى هذا اذا اشترى عنبا في كرم معين على انه كذا كذا منا وكذا في العدديات المتقاربة انتهى وجه الفساد في الاكثر انه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكر والاكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد على البائع بخلاف ما اذا قال كرا او كرين ولا وجه للرواية عن ابي يوسف رح لان غاية ما في ذلك انه باع صبرة بشرط ان لا تبلغ المقدار الفلاني والله اعلم قوله ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول اخذه بالعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني اخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف في الاول ياخذ باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رح في الوجه الاول ياخذ بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير وجه قوله ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكم المقابلة وحكمها ان يجب في مقابلة كل جزء من الذراع مثله في الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمنه وكذا في بعض النسخ فيجري عليه اي يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر وضمير يجري يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا ان الدرهم اقرب مذكور وانما يخير في الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه الا بالتزامه وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة ولابي يوسف رح انه لما افرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب منفرد بيع على انه ذراع لما عرفت ان افراد الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية الى الاصلية وقد انتقص عن الذراع

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له

فلا ينقص شيء من الثمن وانما ثبت الخيار لما ذكرنا من ان في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه لابي حنيفة ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط فكان الاولى ان يقول حكم الاصل او الثوب المنتقص بالشرط لان المقدار ايضا وصف على ما تقدم وانه حكم الاصل متقيد بكونه ذراعا فاذا لم يوجد بأخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا فلا ينقص شيء من الثمن واذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما وتخييره في النقصان لتفرق الصفقة ثم من الشارحين من اختار قول محمد ففي الذخيرة قول ابي حنيفة رحمه الله اصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله متقيد بكونه ذراعا اشارة الى الجواب عن قول محمد انه يقسم اجزاء الدراهم على اجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض من حكم الوصف لانعدام المقابلة به +

فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في البيع بلا تسمية وما لم يدخل وما يتبع وما يخرج بالاستثناء وغير ذلك **قوله** ومن باع دارا الخ في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء او متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرير والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحى فيدخل الحجر الاعلى استحسانا لانه تبع والمراد بالحجر الرحا المبنية في الدار وهذا استحسان في ديارهم اما في ديار مصر فلا تدخل رحى اليد لانها تحمل وتنقل وتحول وكذا ما هو كالباب الموضوع والباب لو وضع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار ثم لو ادعاه احدهما لنفسه بان قال هذا ملكي خاصة وان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على دخول البناء بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبانه متصل بها اتصال قرار واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدم بناؤها يحنث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث وبه يبطل التعليل الاول لانه لا يفيد المقصود من الحكم لثبوت الملك الآخر ثم اجيب بان البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكان حلفا على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل شيئا التي يسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر والاشجار التي في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا اذا كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان او كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله ابو سليمان وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان اكبر او مثلها لا يدخل وقيل ان يعد دخل والا لا وقيل يحكم الثمن وفي المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول ابي يوسف رحمه الله لا يدخل واما اساسه فقيل الظاهر منه يدخل ولانه جزء من الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدور دون قصاعه واما قدر القصارين والصباغين واجاجين الغسالين وخوابي الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي ان تدخل كما اذا قال بمرافقها واما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى في باب الحقوق **فروع** باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير فقط ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج هل يدخل لا يدخل الا بالتنصيص او بحكم الثمن ولو باع حمارا قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل لا يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بينما اذا كان موكفا او غير موكف وفي فتاوى قاضي خان وهو قياس ما لا كاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبردعة

ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء

[illegible]

تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع ولو اذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه كما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود في بيع الحمار لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير ليتمايل في هذا لو باع عبدا او جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يواري عورته فان بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبائع ان يمسكه لكن الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها فيستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب او وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري او تعيبت ثم رد الجارية بعيب يرد بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له ارض وفيها نخل مثمرة فباعها رب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما قيمة فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشتري بين الترك واخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابله شيء من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لان انتقاض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع ولو باع اتانا لها جحش او بقرة لها عجول وكذا فصيل الناقة ومهر الرمكة اختلف فيه قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل يدخل العجول دون الجحش وقيل ان ذهب مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا ولو باع عبدا له مال ان لم يذكر المال في البيع فالمال للمولى وكذا لو سمى المال وهو دين على الناس او بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان من الاثمان فان كان الثمن من جنسه بان كان دراهم او دنانير والثمن كذلك فان كان الثمن اكثر جاز وان كان مثله او اقل لا يجوز لانه بيع المقيد بلا ثمن وان كان من خلاف جنسه بان كان دراهم بالعبد ودنانير بالقلب جاز اذا تقابضا في المجلس وكذا لو تعجل مال العبد وقد حصته ففضل من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل في حصة مال العبد ولو اشترى دارا فوجد في بعض جدرها دراهم ان قال البائع هي لي كانت له وان لم يدع فان وصلت الى المشتري فهي له وان قال ليست لي كان كاللقطة ولو قال لصاحب علو بعني علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه قوله

ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البناء ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل للقطع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع وما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى قاضيخان لو باع ارضا فيها اشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع ان كانت تقلع من اصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع الا بالشرط ثم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما بخلاف البيع فانه يعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر التي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراد واوراق الفرصاد والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فاكله البائع سقطت حصته من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الغنم لتفرق الصفقة عليه عند ابي حنيفة رح بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي خمسة فاكله البائع قال ابو حنيفة رح تلزمه الشاة بحصتها ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل في البيع الشجار بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه اشياء بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والقارعين وسور القرية لان السور يبقى على اصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يحوز بيعه ما لا يجوز من الخلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناه بل قيل لمه

ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر

ذكر الحدود واختلف المشايخ واستثنى الحياض وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود الا ان يكون ربوة **قوله** ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل اي للفصل الآدمي اي الانتفاع بها فشابه المتاع الذي فيها اي في المبيع فاندفع ما اورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها في البيع مع انه متصل للفصل فان ذلك فصل الله تعالى ونحو هذا المعنى ظاهر فترك التقييد به وايضا الام وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع فانه ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للفصل في ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا للجنسية والجزئية فان قيل ينبغي ان يدخل لان الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم الجواب بان الموجب للدخول اما الشمول حقيقة المسمى في البيع له والتبعية بان يكون مستقر الاتصال به لا مجرد اتصال الحال مع انه بعرضة الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول والله اعلم **قوله** ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترطها المبتاع لنفسه اي يشتري الشجر مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع الا بالشرط وتدخل في الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع وعند الشافعي ومالك واحمد يشترط في ثمر النخل التأبير فان لم تكن ابرت فهي للمشتري والتأبير التلقيح وهو ان يشق اكمام الكم ويذر فيها من طلع الفحل فانه يصلح ثمر اناث النخل لما روى اصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفي لفظ البخاري من ابتاع نخلا بعد ان تؤبر فثمرتها للذي باعها الا ان يشترط المبتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه واهل المذهب ينفون حجيته وقد روى محمد رح في شفعة الاصل عنه عم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذي ذكره المصنف وما قيل ان في مرويهم تخصيص الشيء بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رح فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى اصول المذهب ايضا يجب لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور في الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا فيجب ان يحمل الابار على الاثمار لانهم لا يؤبرون نخلا الا بعد اثماره فكان الابار علامة الاثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا يعني مثمرا وما نقل عن ابن ابي ليلى من ان الثمرة مطلقا للمشتري بعيد اذ يصادم الاحاديث المشهورة واذا كانت الثمرة للبائع يقال له اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع يقال له اقلعه وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمرة ويستحصد الزرع وهو قول مالك واحمد رح لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال ان ابتيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين وفي العادة لا تقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يترك حتى يستحصد رضي المؤجر او لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين اقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ويقال استحصد الزرع ...

بيان اتصال المنفصل

ولهذا اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل

بكسر الصاد وجاره وقت حصاده واجاب المصر بان هناك اي في الاجارة ايضا يجب التسليم وكذا تجب الاجرة في التبعية لان تسليم العوض بتسليم المعوض وهو لا يتم الا في تمامه من تسليم ان المعتاد في الاجارة التبعية في الاجرة وعدم التسليم عين الارض في الحال والا لو لم يرض المؤجر بالتبعية واخذ الاجرة كان له ان يكلفه ان يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر ان التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع تبرك الى ما ذكرنا وفي الاجارة تبركه باجر ولا مخلص من هذا الا ان يتم منع انه معتاد في البيع كذلك الا فلا فرق بين البيع والاجارة بان اقدام البائع على البيع مع علمه بان البائع يطالبه المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه ظاهر دلالة الرضا بالقطع فلا تجب مراعاة جانبه بتبقية الارض الشجر على حكم ملكه بخلاف المستاجر فانه لم يوجد منه عند القضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب مراعاة جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجرة آنجران يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لو لم يكن التاخير الى الصلاح معتادا اما اذا كان غير معتاد فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركون ويبيعون بشرط القطع والله اعلم ثم هل تدخل ارض الشجر في البيع ببيعها ان اشتراها للقطع لا تدخل وبالاجماع وان اشتراها مطلقا لا تدخل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لان الارض اصل والشجر تبع فلا ينقلب الاصل تبعا وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول الشافعي رح يدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها وفي جمع النوازل الفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والا فهو جذع وحطب فيدخل من الارض ما تتم به حقيقة اسمها فدخول بالضرورة فيتقدر بقدرها وقيل بقدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قدرا فله ما شرط وقوله ولا فرق بين ان يكون له قيمة او لا في الصحيح احترازا عن قول البعض انه ان لم يكن له قيمة تدخل والصحيح لا تدخل في الحالين ان كان له قيمة او لم تكن وعلله بان بيعه يصح في اصح الروايتين مع كونه ليس للقرار والبيع بيع ما ليس للقرار لا يدخل في البيع تبعا للغير بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار قوله واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لانه مودع فيها كالمتاع هكذا اطلق شيخ الاسلام وكذا اطلقه غير واحد وقيده في الذخيرة بما اذا لم يعفن اما اذا عفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختاره الفقيه ابو الليث انه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المص في فتاوى الفضل كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الارض فهو للمشتري والا فللبائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المص منها شيئا ورجح في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انتهى وقول الفقيه ابي الليث هو قول ابي القاسم وفي فتاوى قاضي خان قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل هذا اذا اصاب الزرع متقوما اي لا يدخل فان لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بان تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة اكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما انتهى وبهذا ظهر ان حكاية اتفاق المشائخ على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين ان تعفن فيدخل او لا فلا وكان المناسب ان يقول تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فان له قيمة واما التقويم مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من يقول انه اذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلله بانه لا يجوز بيعه وحده لانه ح ليس له قيمة قال المص وكان هذا اشتباه بدالنون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة فان ذلك وعدمه بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز بيعه قال لا يدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين مبني على سقوط التقوم وعدمه فان القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما بناء على سقوط التقوم والقول بجواز بيعه وبعدم دخوله في البيع كلاهما مبني على عدم سقوط

ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها

او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه

اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح به لانه بمنزلة المتاع

تقوم والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حيوته فينتفع به في ثاني الحال **قوله** ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق الخ يعني اذا باع ارضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر او باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعتها او اشتريتها بجميع حقوقها لم تدخل الزرع والثمر بذلك لانهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لم يدخلا فيها لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها او منها دخلا اي الزرع والثمر فيه هذا في المتصل بالارض والشجر اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والمجذوذ بدالين مهملتين ومعجمتين بمعنى اي المقطوع غير ان المهملتين هنا اولى ليناسب المحصود **قوله** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها الخ لا خلاف في عدم جوازه بيع الثمار قبل ان تظهر ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا ان تأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه لا بشرط القطع فعند الشافعي ومالك واحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب خلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه قاضي خان لعامة مشايخنا والصحيح انه يجوز لانه مال منتفع به في ثاني الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال وقد اشار محمد في كتاب الزكوة الى جوازه فانه قال لو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكمثرى اول ما تخرج مع اوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذا باع بشرط القطع او مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة واختاره الطحاوي لعموم البلوى وفي المنتقى ذكر ابا يوسف مع محمد وجه قولهما في الصورتين انه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة لانه ان شرط الاجرة فشرط اعارة في البيع او باجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك ووجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى العظم فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه وما لم يتناه انه يجوز لان العادة تركهم اياه الى الجداد ومحمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الارض والشجر الى ان يتناهى العظم ولا يخفى ان الوجه لا يتم في الفرق لمحمد الا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه اذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره يخرج منه المتناهي للتعامل فيكون ما لم يتناه على اصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع ما لا يتناهى عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذنا مجردا او باذن في ضمن الاجارة بان استاجر الاشجار الى وقت الادراك او بلا اذن ففي الصورتين الاوليين يطيب له الفضل والاكل الا في اذن المجرد فظاهر واما في الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة فان الحاجة ليست بمتعينة في ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستيجار وهنا يمكن ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر فانه يستدعي سوار ما لا حاجة له اليه او ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار فالاول بالاولى ان اصل الاجارة يقتضي القياس

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الارض او الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعامل للحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه

فيما البطلان الا ان الشرع اجازها للحاجة فيما قيل الا يتعامل بجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استاجر اشجارا ليجفف عليها ثيابا لا يجوز ذكره الكرخي فاذا بطلت بقي الاذن معتبرا فيطيب بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة هنا فاسدة لان الارض يجوز اجارتها وانما فسدت لجهالة الاجل فاورثت خبثا اما هناك الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب اما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتباره فمنع وهناك صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الاسلام ان كان جاهلا ببطلان الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة محظورة اما اذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشتري بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشيء لانه لم يزد في ذاتها شيء وهذا قول المصنف لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة اي تغير من وصف الى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه نعم عليه اثم غصب لمنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها وجه قول الشافعي وباقي الائمة في الخلافية ما في الصحيحين عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل ما تزهو قال تحمار وتصفار واخرج البخاري في الزكوة عن ابن عمر رضي الله عنه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها واخرج ابو داود والترمذي وابن ماجة عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله من اشترى نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه وفي موطا مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسال رب الحائط ان يضع له او يقيله فحلف لا يفعل فذهبت ام المشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال تالى ان لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولولا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه اما النهي المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم اجازوا البيع قبل ان يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر وهو لا يحل ان لم يكن لموجب وهو عندهم تعليله عليه السلام بقوله عليه الصلوة والسلام ارايت ان منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه فانه يستلزم ان معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومزهية قبل الزهو وقد فسر انس رضي الله عنه زهوها بان يحمر او تصفر وفسرها ابن عمر بان يامن العاهة فكان النهي عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار وآمنة من العاهة قبل ان يؤمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل ان تقطع فنهى عن هذا البيع قبل ان توجد الصفة المذكورة واما ما ذكرنا من نهيه عليه السلام عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد فيفيده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع النهي عن بيع العنب عنبا قبل ان يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى ان يصير عنبا فصار محل النهي بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك الى ان يبدو الصلاح ويدل عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ارايت لو منع الله الثمرة بم ياخذ احدكم مال اخيه فالمعنى اذا بعتموه عنبا قبل ان يصير عنبا بشرط الترك الى ان تصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم تصر عنبا بم يستحل احدكم يعني البائع مال اخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي فاذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها الى ان يصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي فانا قد افسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه فضعف الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث ورجح فالحديث المذكور لنا فيها اعني حديث الآبار

قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رحمه الله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي واما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه

سالم من المعارض وكذلك المعنى وهو انه مبيع منتفع به في الحال او في ثاني الحال الخ وبهذا التقرير ظهر ان ليس حديث التابير عاما عارضه خاص وهو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا ينبغي ان يكون للخاص لانه مانع وحديثنا مبيح بل لا يتناول احدهما ما يتناول الآخر لانه محمل ان بيع ما لم يبد صلاحها بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهي لما ذكرنا واما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان مثله بشرط القطع فلم يبق محل النهي الا بيعها بشرط الترك ونحن قائلون بانه فاسد فلو اشترى مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز فاشبه هلاكه قبل التسليم ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لانه في يده وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ اذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل وزعم انه مروي عن اصحابنا وكذا حكي عن الامام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد اصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون اكثر بل قال عنه اجعل الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج وقد رايت رواية في نحو هذا عن محمد رح وهو في بيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رح والمخلص من هذه اللوازم الصعبة ان يشتري اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستاجر الارض مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيما بقي من الثمن وفي ثمار الاشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف ان يرجع يفعل كما قال الفقيه ابو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر وهو ان ياذن المشتري على انه متى رجع عن الاذن كان ماذونا في الترك باذن جديد فيحله له على مثل هذا الشرط

قوله ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك اجازه قياسا على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لان الباقي بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا بخلاف الباقي بعد اخراج الشجرة فانه معلوم معين بالاشارة قالوا هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو قول الطحاوي والشافعي واحمد رح وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي ان يجوز البيع على كل حال لانه ان بقي شيء بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلا لانه مستغرق فيبقى الكل مبيعا لان ورود هذا على التعليل بجواز ان لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق ان بقي مقدار معين لان الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رح فاما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل من الجارية الحامل او الشاة واطراف الحيوان لا يجوز كما اذا باع هذه الشاة الا اليتها او هذا العبد الا يده فيصير مشتركا متميزا بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فانه جائز وانما قال ينبغي لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به في ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بايراد العقد عليه جاز استثناؤه ويبقى الباقي مبيعا الا ان عدم الجواز اقيس بمذهب ابي حنيفة رح في مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء ارطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان ما لم يفض اليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية الى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع الا ترى ان المتبايعين

ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه

قد تراضيا على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك منهما واما ما قيل في توجيه المنع لجهالة المبيع لانه لا يتملك الا الارطال فبعيد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال يستغرق الكل اولى فظاهر رضى المشتري ح بذلك الاستثناء **قوله** ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذلك الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع الحنطة في السنبل قولان واجاز بيع الشعير والذرة وعندنا يجوز ذلك كله له ان المقصود وهو المبيع مستور بما لا منفعة فيه فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه كما يمنع استتاره بما لا منفعة فيه والمعول في استدلاله نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر لانه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنابل والمبيع ما اريد الا الحب لا السنابل فيرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه لتعامل المتوارث ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم واصحاب السنن الاربعة ويقال زهى النخل والتمر يزهو وازهى يزهي لغة وفي الاشتقاق من الزهو لغتان وانكر الاصمعي الرباعية يزهي كما نقل الزمخشري عن العين لكان هذه الثلاثية لا يقال انتم لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا انا عملنا به فان الاتفاق على الخلفاء النهي على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولانه مال متقوم معلوم فيجوز بيعه كالشعير في سنبله بخلاف بيعه بمثله في سنبلة الحنطة لاحتمال الربا اما انه مال متقوم فظاهر واما انه معلوم فمشار اليه وبالاشارة كفاية في تعريفه اذ المانع من رؤيته بينهما لا يخل بدرك قدره في الجملة وليس معرفته على التحرير شرطا والا امتنع بيع الصبرة المشاهدة واورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه اي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع انه ايضا في غلافه اشار ابو يوسف رحمه الله الى الفرق بان النوى هناك معتبر عدما هالكا في العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والالية والاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله فكذا الباقي واعلم ان الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره **قوله** ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها المراد بالغلق ما نسميه ضبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء لا اذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى في عرفنا بمصر دراريب الدكان وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه وقوله لانه لا ينتفع الا به تقييد ان يدخل تبعا للغلق يعني لا ينتفع بالغلق الا بالمفتاح واذا دخل الغلق دخل المفتاح كما لو اشترى غلقا فانه يدخل مفتاحه واورد عليه انه يلزم ان يدخل الطريق في بيع الدار وهو لا يدخل مع انه لا ينتفع بها الا به اجيب بمنع ان شراء الدار مقصور على الانتفاع بها بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة او يستغلها او يتجر بها وكذا لما كان العقد عليها مقصورا على ذلك كما في الاجارة ادخلنا الطريق **فرع** ليس مما نحن فيه من حيث انه تناوله البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان من معنى آخر اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع ان يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني ان يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضي بهذا الفسخ دلالة

قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعاد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه **قال** واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم **قال** ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة **قال** ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

قيل للبائع بعه وحل للمشتري ان يشتريه وانما كتبتها لانهما كثيرا ما تقع في الاسواق **قوله** واجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعاده ان كان البيع بشرط الكيل او الوزن او الذرع او العد على البائع لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان كل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا اذا باع مكايلة او موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة واجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق الائمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنته عليه واما اجرة ناقد الثمن فاختلفت الرواية والمشايخ فروى ابن رستم عن محمد رح انه على البائع وهو المذكور في المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم ولهذا يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجياد من غير حقه وروى ابن سماعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد ويعرف بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد رح اجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفي الخلاصة الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدوري انه على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشتري على البائع ايضا هو المختار وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشتري وهو المختار وقطع العنب للمشتري جزافا على المشتري وكذا كل شيء باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا خلى البائع بينها وبين المشتري الكل من الخلاصة **قوله** ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها لما عرف انها لا تتعين بالتعيين في البيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساويا ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري دفع الثمن وللبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو اخذ بالثمن كفيلا او رهن المشتري به رهنا الا لو احال البائع به عليه وقيل سقط حق الحبس وكذا اذا احال المشتري البائع به عند ابي يوسف وعن محمد رح فيه روايتان في رواية كقول ابي يوسف وفي رواية اذا احال البائع رجلا به سقط واذا احال المشتري البائع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله او بفعل المبيع نفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه او بامر سماوي بطل البيع فان كان قبض الثمن اعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا او بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع او كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل اجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثلي المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل **قوله** ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل سلما معا لاستوائهما في تعيين حق كل منهما قبل التسليم فايجاب تقديم دفع احدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة ففي التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها

وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبري المتاع لغير البائع لا يمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان ابو حنيفة رح يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان اخذه براسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال له المشتري تعال معي او امش فخطا معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجته وفي الثوب ان اخذه بيده او خلا بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها فهي بعيدة واطلق في المحيط ان بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع بعيدا عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلا بينها وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قابضا او يبعد لا يصير قابضا قال والناس عنه غافلون وانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الائمة يصح القبض فان كان العقار غائبا عنهما عند ابي حنيفة خلافا لهما وفي جميع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف وكذا لو اشترى بقرا في السرح فقال البائع اذهب فاقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا او نحوه في دن وخلا بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فامره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى اخذه انسان ان كان حين امره بقبضه امكنه من غير قيام صح التسليم فان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فامره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط بالفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان امكنه اخذه من غير عون كان قبضا وهو تاويل مسئلة الطير في مكان آخر من غير عون ولا حيل ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا الا فلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها ٭

باب خيار الشرط قد عرف ان البيع علة حكمة من لزوم تعاكس الملكين في البدلين والاصل لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع بذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظاهر ان شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما وقد عرف ذلك لكن اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد البيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع فيه كانقطاع الوتر يمنع حصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطا فرده عن سننه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض ومانع يمنع من تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واضافة الخيار الى الشرط على حقيقة لانه

والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام

وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وهي من ورود شرعية جعلناه داخلا في الحكم مانعا من ثبوته تعليلا للعدم بعدم الامكان وذلك لان محل اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقلنا شبهه ولقائل ان يقول القمار ما حرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد للفلاني في ورقة مثلا سببا للملك والخطر طرد في ذلك لا اثر له نعم يتجه ان يقال اعتبرناه في الحكم تعليلا بخلاف الاصل وما كونه فيه غرر وقد نهي عن بيع الغرر في البيع وهذا في ان الملك هل يثبت اولا **قوله** خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما ثلاثة ايام فما دونها روي بنصب ثلاثة ايام على الظرف اي في ثلاثة ايام ورفعها على انه خبر مبتدأ محذوف اي هو ثلاثة ولا يخفى ما فيه والصواب ان تقدر مدته ثلاثة ايام ثم في فتاوى قاضي خان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد اصلا ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحيح **قوله** والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات الحديث روى الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا وكان قد اصابته في راسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وكان يشتري الشيء فيجيء به اهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي وسكت عليه وحبان بفتح الحاء ومنقذ بالمعجمة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال اخبرنا سفين عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رحمه الله والاصل في بيع الخيار انه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصراة خيار ثلاثة ايام في البيع وروي انه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلث فيما ابتاع انتهينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم واخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ايام قال ابن اسحق فحدثت به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو قد اصيب في راسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو وكان قد اصابته آمة في راسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك الحديث وهو يقتضي ان المقول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولا شك ان هذا منقطع وغلط من عزاه لابي داود وكذا رواه البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث دائر على ابن اسحق فالاكثر على توثيقه ومنع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن ابي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة والسلام لمنقذ بن عمرو قل لا خلابة واذا ابتعت بيعا فانت بالخيار فلا شك ان كون الواقعة لحبان ارجح لان هذا منقطع وذلك موصول بها وشرط الخيار مجمع عليه وما روي في الموطأ الصحيح عن ابن عمر ان رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم انه كان يخدع في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة والخلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو ليس المطلوب **فروع** يجوز الحاق خيار الشرط بالبيع لو قال احدهما بعد البيع ولو بايام جعلتك بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا ورضيا به فسد العقد عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو الحقا به شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول ابي حنيفة رحمه الله ولو باع على انه بالخيار على ان له ان يستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع البستان على انه بالخيار على ان له ان ياكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة لها حصة من الثمن فيبس

ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض

انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى

الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف

القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة

ان يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشتري خياره ولو قال له انت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند ابي حنيفة رح يستمر الى ان يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية **قوله** ولا يجوز اكثر منها اي من ثلاثة ايام عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي فكما لا يجوز عند ابي حنيفة اذا زاد على ثلاثة كذلك لا يجوز اذا اطلق وقالا لا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز البيع الى شهرين وهذا دليل جزء الدعوى لانهما يجيزانه اكثر من ثلثة ايام طالت المدة او قصرت وحديث ابن عمر رض يفيد جواز اكثر من الثلاثة بكم تافتة لا غير ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس حاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن شرع للحاجة الى التاخير مخالفا لمقتضى العقد ثم جاز اي مقدار تراضيا عليه وبقولهما قال احمد لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى اكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز ان يشترط الخيار فيه اكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف في ثلثة ايام يجوز ان يشترط اكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن ان يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقا لانه كان لامكان ان يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة الى شرط الخيار اصلا لان خيار الرؤية ثابت له لو تاخرت رؤيته سنة وان كان للتروي في امر ان يساوي الثمن المذكور اولا وهي يستقصيها على الكمال ولا دون لم يرها فهذا لا يتوقف على اكثر من الثلاثة لتيسير بالسؤال والمراجعة للعارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث واما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضي اشترى شيئا يتسارع اليه الفساد على انه بالخيار ثلاثة ايام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما ان تفسخ البيع واما ان تاخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى يجيز البيع او يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراء شيئا يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه واقام المدعي البينة ويخاف فساده في مدة التزكية فان القاضي يامر مدعي الشراء ان ينقد الثمن وياخذ السمكة ثم القاضي يبيعها من آخر وياخذ ثمنها ويضع الثمن الاول والثاني على يد عدل فان عدلت يقضي للمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعه ولو لم تعدل البينة فانه يضمن قيمة السمك للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي اخذا مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة والوجه يقتضي ان هذا فيما اذا كان المبيع في يد البائع واما اذا كان في يد المشتري فلا يلزمه شيء لانه اذا فسد لزمه الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبائع والله اعلم وجه قول ابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي فيما يدفع الغبن عنه ولا شك ان النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا او غير مغبون مما يتم في ثلاثة ايام بل في اقل منها فان معرفة كونه مغبونا في هذه الصفقة او لا ليس من المعلوم البالغة في الخفاء والاشكال ليحتاج في حصوله الى مدة تزيد عليها فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلث دلالة كما لا يجوز بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبونا لم يعذر ولا ينبني الفقه باعتباره لان مثله زائل العقل وبهذا يظهر ان قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان انه خرج مخرج الغالب غير صحيح لانه عليه الصلوة والسلام ضرب الثلاث لمن كان غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر من امر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكانت بدماغه مأمومة افسدت حاله او انه منقذ وكان قد اصابته امة في راسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين كما في تاريخ البخاري الاوسط فاي حالة تزيد على هذه من الضعف الا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لا يجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة ايام ولا شك

الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذه بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر اليه مال زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا

في منع الزائد مع انه وجد في السمع ما ينفيه صريحا وهو وان لم يبلغ درجة الحجة ولا شك انه يستأنس به بعد تمام الحجة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث ابان بن ابي عياش عن انس ان رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار اربعة ايام فابطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة ايام الا انه اعل بابان مع الاعتراف بانه كان رجلا صالحا وكذا اخرج الدارقطني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة ايام وفيه احمد بن ميسرة متروك واما ما استدلوا به من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار واما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا باطلاقه وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة ايام او ثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى انه لو شرع الاجل ايضا مقيدا بمدة كنا نقول لا يزاد عليها ايضا لوجوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة ان شرط الخيار للبائع لا يجوز لان لنفس الخيار ما ورد الا للمشتري قلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا **قوله** الا انه استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها اي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر وبه قال الشافعي رح هو اي زفر يقول انه اي العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا او باع عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت ولابي حنيفة انه اي من له الخيار اسقط المفسد وهو اشتراط اليوم الرابع قبل تقرره او قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة ايام فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وعلمه في المجلس فرضي به وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو بعرض الفصل قبل مجيئه فاذا اسقط فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشائخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشائخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذ الظاهر دوامهما على الشرط فاذا اسقط تبين الامر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشائخ خراسان والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشائخ ما وراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن ابي حنيفة رح ان البيع موقوف على اجازة المشتري واثبت للبائع حق الفسخ قبل الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى انه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد في نفس الامر الى ان يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف الا ان يكون الفرض ان الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاط خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله اسقط المفسد قبل تقرره وهو كالقلب فان التعليل هو الذي ينبني على الاصل لان اصل القاعدة ينبني على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر ان الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وهنا في شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا اسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد او مات العبد او المشتري او حدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول ابي حنيفة رح ويلزمه الثمن **قوله** ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والمنتفع بهذا الشرط هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة ايام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه

قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب بالمراضاة ولا تتم مع الخيار ولهذا

ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة

الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده

على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق

ولو اعتقه البائع نفذ والى اربعة ايام لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف فان نقد الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع فان لم ينقد فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من لفظ هذه المسئلة حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده عتق لا ان كان في يد البائع وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر على قياس قوله في شرط الخيار فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه اي في صحة هذا البيع الى ثلاثة ايام في الثمن ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي وفهم الملحق بمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروي ثلاثة ايام لكل من المتبايعين يتبادر اليه ان شرعيته للتروي لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر اليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للمماطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذاك ينبرم بتمامها بلا رد لا اثر له لان المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة الا انك سمعت انه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا وقد مر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به وهو انه لا يزاد على الثلاثة وكذلك في الملحق وكذا محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بمدة وابو يوسف فرق فاخذ في الاصل بالاثر يعني اثر ابن عمر في جواز شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام واخذ في هذه المسئلة بالقياس اي من نفي الزائد على الثلاثة واما في الثلاثة فبحديث ابن البر صاعي ما سنذكره في خيار التعيين هذا على ما ذكر عن ابي يوسف هنا وقد روي عنه انه رجع الى قول محمد رواه الحسن بن ابي مالك عنه وفي شرح المجمع الاصح انه مع ابي حنيفة رح وكثير من المشائخ لم يرجحوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطراب وفي هذه المسئلة قياس آخر يقتضي ان لا يجوز هذا البيع اصلا وهو انه بيع شرطت فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم دفع الثمن في ثلاثة الايام والاقالة لا تتعلق بالشرط لان فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الاقالة الصحيحة وهي لم تتعلق بالشرط بان قال بعتك على ان اقيلك او تقيلني او قال اشتريت منك على ان تقيلني لا يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد فاشتراط الفاسدة اولى وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي واحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الالحاق بالدلالة لا بالقياس هو المراد بقول المصنف وجه الاستحسان ما بينا **قوله** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب الذي هو البيع بالمراضاة لما عرف من قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا تتم الرضا مع الخيار لانه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع فانه لا يعمل الا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه ولا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا تصرفه فيه فينفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لا تمام النسبة الى كل من له الخيار وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع من ملك البائع ولا الثمن من ملك المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا في حق المبيع ولا يملك نفاذه بالهلاك لانه لا نفاذ بلا محل فبقي في يد المشتري مقبوضا لا على وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن ابي ليلى رح انه لم يضمنه لانه ما رضي البائع بقبضه الا على جهة العقد فاقل ما فيه ان يكون كالمقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم الشراء القيمة اذا هلك وهو قيمي والمثل في المثلي اذا كان القبض بعد تسمية الثمن فاذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه ابو الليث في العيون في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيت اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول احمد لانه قال يخرج المبيع من ملك البائع بثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب

قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لأن البيع في جانب الآخر لازم وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظرًا له دون الآخر قال إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة رح وقالا يملكه لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلًا لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولأبي حنيفة رح أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكمًا للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ولأن الخيار شرع نظرًا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر قال فإن هلك في يده هلك بالثمن وكذا إذا دخله عيب بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكمًا لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف

والقبول وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء الملك كخيار العيب قلنا قولك تم البيع بالإيجاب والقبول إن أردت في حق حكمه منعناه أو تمت صورته فمسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف الهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما إذا هلك بعدها وانه يضمن بالثمن لأنه هلك بعد ما انبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة ولو هلك المبيع في يد البائع والحال أن الخيار له لا إشكال في أنه ينفسخ ولا شيء على المشتري اعتبارًا بالبيع الصحيح المطلق عن شرط الخيار فإن فيه إذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لإخراج الفاسد لأن الحال في البيع الفاسد كذلك أعني الانفساخ بهلاك المبيع في يد البائع بل لأن الاعتبار بالأصالة والفاسد يأخذ حكمه منه **قوله** وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع وقوله لأن البيع إلى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لأن البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفى ما يمنعه من عمله إذ كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل الذي هو من جهة من له الخيار لما ذكرنا أنه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرطه فيبقى على ملكه كما كان وقوله إلا أن المشتري لا يملكه بمعنى لكن وهو استدراك لأمر متبادر عند قوله يخرج المبيع من ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري وهو المتبادر الذي ذكرناه فإنه يتبادر بحكم العادة أنه إذا خرج المبيع من ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا يملكه المشتري وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول لأنه لما خرج عن ملك البائع لو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلًا لا إلى ملك مالك ولا عهد لنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شراء متولي أمر الكعبة إذا اشترى عبدًا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها إذا ضعف خادم فاشترى عبدًا له آخر فإنه لا يدخل في ملك المشتري لأن ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الأوقاف وحكم الأوقاف ذلك وكذا لا ترد التركة المستغرقة بالدين فإنها تخرج من ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور ولأبي حنيفة رح أنه لما لم يخرج الثمن من ملكه فلو قلنا أنه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان الثمن والمبيع في ملك أحد المتعاوضين حكمًا للمعاوضة ولا أصل له في الشرع وأن يكون والمعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاوضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر إذا أبق من عنده سواء قلنا إنه بدل اليد أو الملك حيث لا يخرج المدبر به من ملك مالكه فيجتمع العوضان في ملك واحد فإنه ضمان جناية لا ضمان معاوضة شرعية وهذا الذي في الشرع ما ذكروا فإن المتولي للسدانة وللوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد ولأن خيار المشتري شرع نظرًا له ليتروى فيقف على المصلحة في روايته ولو أثبتنا الملك له بمجرد البيع مع خياره اختيارًا لنقيض مقصوده إذ ربما كان المبيع ممن يعتق عليه فيعتق من غير اختيار فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض إذ كان مفوتًا للنظر وذلك لا يجوز وقد أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لأن استحقاقها بالملك ولذا لا يثبت بحق السكنى لكنه يستحقها إذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق أو الإجماع أجيب بأنه إنما استحقها لأنه صار أحق بها تصرفًا لا لأنه ملكها كالعبد المأذون يستحقها إذا بيعت دار بجواره بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أو ما في معناه وهذا التكلف لا يحتاج إليه وسياق المسئلة معلقة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحًا وفي الأجناس لو بيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله أن يردها إذا رآها ويبطل خيار الشرط فإن هلك المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار هلك بالثمن وكذا إذا دخله عيب لا يرجى زواله كما لو كان قطعت يده ولو بغير صنعه فإنه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما كان يرجى زواله في المدة كان مرض فإن المشتري على خياره لكن ليس له أن يرده مريضًا بل حتى يبرأ في المدة فإن مضت المدة و

قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطيها له ان يردها لان الوطى بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطى ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطيها لم يردها لان وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزى به في الاستبراء عنده وعندهما يجتزى ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض

ولم يبرا بلزوم البيع فيه وعن ابي يوسف رح يبطل خيار المشتري في كل عيب باي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاء رده فان شاء اجاز البيع واخذ الارش من البائع وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع متصل بقوله يهلك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يهلك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري يهلك بالثمن هو ان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فيهلك وقد انبرم العقد وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة بخلاف ما تقدم من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف فيبطل العقد فلا يجب الثمن بل القيمة **قوله** ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح عند ابي حنيفة رح لانه لا يملكها لما له من الخيار والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فلو رد المبيع استمرت زوجته عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاها بلا نكاح عليها وان وطيها بعد السيد له ان يردها بالخيار لان الوطى لا يلزم ههنا ان يكون اجازة لان له في النكاح ملكا قائما يحل له الوطى فلم يلزم كون وطيه اجازة الا اذا كانت بكرا لان الوطى ينقص البكر فيمتنع الرد بالعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف انه لو نقصها الوطي وهي ثيب يمتنع الرد عنده ايضا للنقص الذي دخلها لا لذات الوطى فان قيل لما زوجها مولاها الذي باعها فقد رضي بالنقصان بزوال البكارة وحين اثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة اجيب بمنع بقاء الرضى بذلك بعد البيع بل لما باعها انفسخ ذلك الرضا ورضاها بما هي احكام هذا البيع واحكام هذا البيع ما ذكرناه وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطيها لا يردها ولو كانت ثيبا لان الوطى بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع هذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه ولها اخوات ذكرها المصنف تفريعا على الخلاف في ذلك منها عتق العبد المشتري على المشتري بشرط الخيار في مدة الخيار اذا كان قريبا قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه ومنها ان من قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند ابي حنيفة رح لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه اما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا اشتراء فيكون كالمنشئ للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف بشرائه ان يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على انه بالخيار فحاضت في مدة الخيار او وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزي بتلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة اخرى لحل الوطى وعندهما يجتزى لوجودها بعد الملك وينبغي ان يتقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك الملك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبرائها عند ابي حنيفة رح سواء كان الفسخ قبل القبض او بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل واجمعوا ان العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة او غيرها ان كان قبل القبض فالقياس ان يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية انه لا يجب عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان اجازه فعلى المشتري استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع

ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع
باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض
بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان
المشتري عبدا ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك
والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله
ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك
ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم

ومنها اذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على انه بالخيار في المدة لا تصير ام ولد له عنده وتصير ام ولد له عندهما وقد قيد الشارحون كلام العراقي بكون
الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت بالولادة وتصير ام ولد له بالاجماع و
صورة الطحاوي في هذه الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند ابي حنيفة رح لا تصير ام
ولد له وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت ام ولد له وعندهما تصير ام ولد له بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده
بكونه قبل القبض حسن وهو يعم الصورتين ما قبل القبض في الشراء وما قبل القبض بعد الشراء ومنها ما اذا قبض المشتري بشرط الخيار له
المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة فهلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع
لان البائع لا يصلح ان يكون مودعا لملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما يهلك من مال المشتري لصحة
الايداع باعتبار قيام ملكه وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار ان المالك لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع ان المبيع يخرج من ملك
البائع بالاتفاق فما يكون مودعا لملك نفسه فيصح وديعة المشتري لتحقق ايداع غير المالك كالمضارب وغيره وعدم دخوله في ملكه بحسب المال لانه
ليس بلازم لجواز ان لا يؤول الى ملكه بان يختار المشتري البيع اما لو كان الخيار للبائع فسلم الى المشتري ثم ان المشتري اودعه في مدة الخيار للبائع
فهلك في يده قبل نقض البيع او بعده بطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع او بغير اذنه وله فيه خيار رؤية او عيب
فاودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع ومنها
لو كان المشتري بالخيار عبدا ماذونا فابراه البائع من الثمن في المدة يصح ابراؤه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار
ما لم يملكه وفي الاستحسان يصح لوجود سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابراؤه بالاتفاق بقي على خياره في السلعة ان
شاء اجازها بلا ثمن وان شاء ردها فيرد السلعة للبائع عند ابي حنيفة رح لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض
وذلك كما له ان يمتنع عن قبول الهبة وعندهما لما برئ من الثمن والواقع ان المبيع دخل في ملك المشتري
بغير عوض والعبد الماذون ليس من اهل التبرعات فاذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء واستشكل
عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب ان الابراء يعتمد شغل
ذمته عن مقداره الا يرى ان المديون مشغول الذمة ولم يزل ماله عن شيء من ماله وان
دخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم ولوجود البيع لا بد ان تشتغل الذمة بالثمن
وليس في اصل الوجوب طلب اصلا على ما عرف ومنها اذا اشترى ذمي خمرا
بطل خياره عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل
الخيار للبائع واسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المصنف
مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه
على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال الامام السرخسي

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز

استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك الثمن وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة او الاعارة لم يملك شيئا ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم احرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع ولا يلزم المشترى ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشترى فاحرم البائع للمشترى ان يرده ومنها ان الخيار اذا كان للمشترى وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشترى وعندهما للمشترى لانها حدثت على ملكه **قوله** ومن شرط له الخيار سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا فله ان يجيز في مدة الخيار باجماع الفقهاء وله ان يفسخ فان اجاز بغير حضرة صاحبه يريد بغير علمه جاز فاذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع باحد معان ثلاث بمضى مدة الخيار وبموته وباغمائه وجنونه في المدة فان افاق فيها قال الاسبيجابي الاصح انه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد فعلى خياره فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند ابي حنيفة رح خلافا لهما والمعنى الثالث ان يجيز البيع كان يقول اجزت البيع ورضيته واسقطت خياري ونحو ذلك واذا كان الخيار للمشترى فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بان يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بان يعتق او يكاتب او يدبر او يبيع المبيع او يسلمه او يهبه او يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك ان يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان او يحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الا ان النظر اليه من حيث هو مس ولو انكر الشهوة في الكل كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذا اذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول ابي حنيفة رح وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار ليختار هو لا لتختار عليه ولابي حنيفة رح ان حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء وكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقة بالوطء في ايجاب حرمته كالمضاف الى الرجل واما المضاجعة مكرها كان او مطاوعا اختيار اما عند ابي حنيفة رح فظاهر واما عند محمد فلان الوطء نقيض حتى لو وجدت من غير المشترى يمتنع الرد فاما المباشرة اذا ابتدأتها والمشترى كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المضاجعة اذا اقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف على اقراره ومما لا يسقط خياره ولو دعى الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار واكل المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضي خان اذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين وركوبها ليسقيها او يردها على البائع فهي اجازة وقيل ان لم يكن بد من الركوب لا يكون اجازة واطلق في فتاوى قاضي خان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقيها او يردها على البائع لا يبطل خياره استحسانا فجعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة او اخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب لنفسه او غيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه اخذ ابو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشترى بطل خياره سواء حدث بفعل البائع او بغير فعله عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يلزمه العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنايته اثبتنا له قدرة الزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشترى بخلاف ما اذا كان من اجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما ان ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشترى فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف

وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه

في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن فلو رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبي واذا عرفت هذا عرفت ان المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شئ من الثمن لكنه يتخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع لان ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن ولو بقينا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو نسخ الدابة فهو رضا ولو حلب لبنا فهو رضا عند ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف عنه وقال ابو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه او يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض فيما اذا اشترى الارض وحصد الزرع او فصل منه شيئا فيما اذا اشترى الزرع فهو رضا ولو سقى دوابه من النهر وشرب هو فليس برضا ولو طحن في الرحا فهو رضا وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحا الماء وليست في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطالب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد او الجارية او مشطها بالمشط والدهن والبسها فليس برضا **قوله وان فسخ** اي من له الخيار في المدة بغير حضرة الآخر اي بغير علمه لم يجز عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وهو قول مالك رح وانما كنى بالحضرة عن العلم حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بان يقول فسخت او رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر واما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر ان من قال يمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول ان يقول به فيما هو فعل اختياري كالقول من حيث هو اختياري يثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو ان يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالعتق والبيع والوطي وجميع ما قدمنا انه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع له اي لابي يوسف انه اي الفاسخ منهما مسلط على الفسخ من جهة صاحبه يعني الذي لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل ولهما انه تصرف في حق الغير وهو الذي لا خيار له بالرفع ولا يعرى من الضرر لانه اي الغير الذي لا خيار له عساه يعتمد على تمام البيع السابق اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ فيتصرف المشتري فيه فيما اذا كان الخيار للبائع والواقع انه فسخ فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك وقد تكون القيمة اكثر من الثمن او لا يطلب لسلعته مشتريا اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر يجئ من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كيلا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيلا بالشراء وببطلان قوله وتصرفه اذا كان وكيلا بالبيع وربما يعتمد المشتري منه النفاذ فيتشعب الفساد والحاصل تعارضا قياس ابي يوسف رح على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم في قياسهما امور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع فان هذا لا اثر له في نفي الصحة بلا علم انما اثره في نفي الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير انما يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة ان يلحقه ضررا ما اذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام ح ان المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر مع قولنا ان ما سواه لا اثر له من كونه تصرفا في حقه بلا علمه ح فيقتصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى ان الضرر الذي ذكر انه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبائع في حيز التعرض بل ان ضرر لازم

ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

القيمة انما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا اكثر بل قد يكون الثمن اكثر من القيمة فهما في محل التعارض بل الغالب ان البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بياعات الاسواق فيقل ذلك الشق واما ضرر البائع باعتاده فلا يطلب لساحته مشتريا فانما نشأ من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت او لا وشل هذا كثير في الفقه اعني الزام ما هو ضرر لتقصير من لزمه في احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام ثمن ما يشتريه عليه ان كان وكيلا بالشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له وقد يكون مالا بمقداره وبهذا راقوا له اعني عقوده اذا كان وكيلا بالبيع وهذا آخر على النفس من اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شانه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي اقوى والله اعلم وقوله ولا نقول انه مسلط من جهته وكيف وهو لا يملك الفسخ ولا تمليك ولا تسليط مشاحة لفظية فان المراد من سلطه اذن له في التصرف في حقه له بالرفع في المدة فاذا امتنع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للغير فكان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرنا من انتفائه في صورة التعارض وعدم تاثيره في آخر لتقصير من يلزمه وبهذا اجابوا عن المعارضة القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر هو ايضا لانه يمكن ان يختفي صاحبه في المدة حتى تنقضي فقالوا هذا الضرر انما لزمه من جانبه بتقصيره في اخذ الكفيل واما يجاب بان الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن احضاره لا بالاختفاء نفسه فضل الله التجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يختفي لانه امين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم ان الالزام بهذا النوع في احد الروايتين في فتاوى قاضيخان جاء الى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي ان ينصب خصما عن البائع ليرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيلا مع احتمال غيبته فلا ينظر له فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد روايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا اعذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار ايضا وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري ان يستوثق فيأخذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب يرده على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدى الروايتين انه اذا قال الخصم اني اعذرت اليه فاشهدت قوما يقول القاضي اشهدوا انه زعم انه اعذر الى صاحبه في المدة كل يوم واختفى فان كان الامر كما زعم فقد ابطلت عليه خياره فان ظهر وانكر فعل المدعي البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه لا يتمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه واذا عرفت هذا فالمسائل المورودة نقضا مسلمة لانها على وفق ما خرج من قول ابي يوسف لكنا نوردها بناء على التسليم تمام الدليل فمنها ان المخيرة تملك اختيارها نفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك واجيب بان لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخييره وهو بعد الرضا والعلم وهو مدفوع بان اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المراة حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض نسخ اذا اثبت الرجعة قبلها اجيب بان الزوج لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وانما يثبت البينونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها ان تستكشف شرط تم فهذا بل هو موجود اولى ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بلا علمه واجيب بانها اسقاطات لا يلزم بها شيء من استقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة

قال وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أنه يورث الخيار

يصح اختيارها الفرقة بلا علم زوجها أجيب بأنه لا رواية فيها وعلى تقدير التسليم فالتخيير أثبت لها الشرع مطلقا ولا ولاية عليهما ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فإن كون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي أن الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه فإن قلت فالضرر الذي يلزمه أولا حتى يحتاج إلى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج أمته بناء على قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بأن عقدهما لا وجود له في حق المالك إذ لا ولاية لهما عليه فإذا رد فقد بقي على عدم شرط الثبوت فالعدم أصلا في حقه فإنه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فإنها تلزم على المرأة بتطليق الزوج وإن كان بغير علمها أجيب بأن العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة ألا ترى أنها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بإزالة ملكه أقدره الله تعالى عليه فإنما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن وههنا فليس جواز الفسخ له تسليط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه **فروع** اشتريا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يرد للآخر عنده وقالا له رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري أجزته ثم قال المشتري فسخته بحضور الفسخ فإن هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالإجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد بطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نقض البائع البيع بقي الأرض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن فلو كان دفعها إلى البائع فإن أذن البائع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزرعها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لأنه لما زرعها بإذن البائع صار كأنه سلمها إلى البائع ولو حم العبد والخيار للمشتري فلقي البائع فقال نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فإن مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري وإن صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له أن يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي البيع ففعل جاز وطاب له إذ حاصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لأنه زيادة في المبيع أو حط من الثمن ولو أمره ببيع عبده على أن يشترط الخيار ثلاثة أيام فباعه مطلقا لم يجز ولو أمره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر وللأجنبي صح ولو وكله بالشراء توكيلا صحيحا فهو على ما ذكرنا من التفصيل إلا أن العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع لأن الشراء إذا لم يجد نفاذا ينفذ على العاقد **قوله** وإذا مات من له الخيار بطل خياره بائعا كان أو مشتريا ولم ينتقل إلى ورثته وإذا بطل خياره لزم البيع فإن كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك المشتري وإن كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة إن لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لأنه إذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره بالإجماع فإن أمضى البيع مضى وإن فسخ انفسخ وقال الشافعي يورث عنه وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة لأنه أي الخيار حق لازم حتى أن صاحبه لا يملك إبطاله فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين فإنهما يورثان بالاتفاق ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة فلا يتصور انتقاله لأنه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك والإرث فيما يمكن فيه الانتقال وهو الأعيان ولفظ مشيئة منصوب على أنه خبر ليس وما في الشروح من أنه بدل عن الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئا إلا مشيئة مبني على قول ضعيف في العربية من أن يقدر المعمول خبرا فيفرغ العامل له ويجعل ما بعد إلا بدلا والمختار أن المفرغ له هو المعمول ففي ما قام إلا زيد زيد بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب لأن الإرث فيه يتعين من جملة الجزء المستحق فإذا دخل في ملكه تمام الأجزاء وبعضها مختبس عند الإنسان كان له أن يطالبه

قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد رحمه الله والثاني قول ابي يوسف رحمه الله واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رحمه الله يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رحمه الله يعتبرهما

ان يترك حقا او يبطله وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير ان طلبه لا يكون شرطا لابد الكل وخيار التعيين فجعله اصلا آخر للشافعي لا يصح على اصله لانه لا يجيز خيار التعيين فكانه ذكره الزاما لنا وجوابه كذلك ان المورث هو احد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما اذا ورث مالا مشتركا فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فخيار الخيار لانه للعين الموروثة في الموضعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس بلازم والخيار لينتقل الى الوارث ما فيه على انه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند ابي حنيفة رح فلا يورث ووجهه قوي على ما تقدم ويقال على اصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان اردت حقيقة فمسلم لكن مرادنا بالانتقال ان يثبت للوارث شرعا ملكا او استحقاقا مثل ملك الميت او استحقاقه لا عين ذلك الملك او الاستحقاق المقيد باضافته الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا ان يقال ثبوت ذلك شرعا في املاك الاعيان معلوم متفق عليه واما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق فمتوقف على الدليل السمعي ولم يوجد ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روي عنه عليه الصلوة والسلام انه قال من ترك مالا او حقا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح واما الزيادة الآخرى فلم تثبت عندنا وما لم تثبت لم يتم الدليل واما الجواب بان الملك انما ينتقل في ضمن انتقال العين فبعد انه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقال نفس ذات العين والملك تبعها تقليل قال فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان ثم قال الى ان المراد انتقال ملكها ليس غير ثم مبالمراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك لكلام المحاوي المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته ان يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر ان يتفرع عدم انتقال الخيار الى الورثة على ابي حنيفة رح اما على قولهما فينبغي ان يورث لانهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل الى الورثة عن مملوكه له فيها خيار ان يفسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن مملوكا لهم **قوله** ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره يعني لغيره الذي هو ليس بعاقد والا فغيره يصدق على البائع فايهما اجاز من الشارط العاقد او المشروط له الذي هو غيره جاز وايهما نقض البيع انتقض فلفظ من مبتدأ او الجملة الشرطية وهي ايهما اجاز جاز خبره واذا تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتيني فله درهم واصل هذا اي جواز اشتراطه لغير العاقد ان جوازه استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر وقول الشافعي رح وبقولنا قال مالك واحمد وهو الاصح من مذهب الشافعي رح الا ان في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط وجه قول زفر ان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن او المبيع على غير العاقدين ولان هذا تعليق انفساخ البيع وابرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب وجه الاستحسان ان الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأي وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره فمن يعلم جزمه وجودة رأيه ومعرفته بالقيم واحوال البياعات فيشترط الخيار له لتحصيل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه واجنبيته عن العقد انما يمنع ان سلمناه ان لو جعلناه اصلا مستقلا لكنا لم نعتبره الا تبعا لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحا للتصرف فيثبت لهما

قال ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع والمسألة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن

ويستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الأصل بطريق الاقتضاء والثابت به إنما هو ما يكون تبعا قلنا الملازمة ممنوعة لأن المراد بالتبعية والأصالة بالنسبة إلى ما هو المقصود أولا وبالذات لا بالنسبة إلى الوجود فالمقصود بالذات في قوله أعتق عبدك عني بألف إنما هو العتق فكان التملك مقصودا لغيره تبعا للمقصود ليصح العتق عنه وإن كان أصلا بالنسبة إلى الوجود فكذا هنا المقصود أولا وبالذات ليس إلا الاشتراط للأجنبي لأنه هو الذي به يحصل مقصود العاقد بالفرض فكان ثبوته للعاقد تبعا لتصحيح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الأصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق إن شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه إلى تكلف زائد فإن قيل فلم لم يجز اشتراط الثمن على الأجنبي فتثبت كفالة اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء أجيب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الأجنبي أبطلت المقتضي وهو اشتراطه فإنه إنما يعني به ثبوته على المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفل كفالة صريحة بالثمن الدين صح وعند صيرورة الخيار لهما يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض البيع انتقض فلو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان معا يعتبر تصرف العاقد في رواية كتاب البيوع نقضا أو إجازة والتصرف هو الفسخ في أخرى هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الأجنبي وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه والتصرف الصادر عن أصالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما إذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلق الموكل والوكيل معا لو أوقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عينا ولو كان الحكم للأصيل تعين طلاقه أجيب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالوكيل في النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر وجه الثاني أن لا ترجيح بكونه أصيلا ووكيلا لأن الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف والفسخ أقوى لأنه يلحق المجاز فيبطله والإجازة لا تلحق المفسوخ فيعتبره قال شمس الأئمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا الأول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج هذا التخريج من مسألة اختلفا فيها هي ما إذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجيحا لتصرفه للأصالة وأبو يوسف يعتبرهما على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد تصح في النصف

ويفسخ في النصف أي فيما إذا شرط الخيار لغيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه قوله ومن باع عبدين بألف على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد الخ والمسألة على أربعة أوجه في ثلاثة البيع فاسد وفي واحدة صحيح أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله وهو الوجه الأول المذكور في الكتاب والأظهر أنه يريد به البداية لأن الهداية شرحها وفساده بجهالة المبيع والثمن جميعا وذلك لأن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع إنما هو في الآخر وهو مجهول بجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لأن الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء لتفاوتهما والجائز أن يعين كلا بأن يقول بعتك كل واحد من هذين بحصته على أني بالخيار في هذا لانتفاء المفسد بجهالة أحد الأمرين فإن قيل إن انتفى مفسد الجهالة فقد تحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرطا للانعقاد في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حر وعبد حيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف بعد الإشارة إلى السؤال بقوله وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه أي من فيه الخيار محلا للبيع فهو كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما بألف حيث ينعقد البيع في القن

قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع فى الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعى رح وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان فى معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردى فيها والجهالة لا تفضى الى المنازعة فى الثلث لتعيين من له الخيار وكذا فى الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما

بحصته وان كان قبول العقد فى المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر فى البيع لحاجته لدى الجملة ولهذا لو قضى القاضى بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال اصلا فلا يدخل فى البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد فى الجمع بين القن والمدبر فى البيع خلاف سياتى ان شاء الله تعالى فى آخر البيع الفاسد وثانيها ان يفصل ولم يعين الذى فيه الخيار كان يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على انى بالخيار فى احدهما فسادها بجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها ان يعين الذى فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو ان يقول بعتك هذين بالف على انى بالخيار فى هذا والفساد فيه بجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوما بتعيين من فيه الخيار الا ان ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلت ما الفرق بين هذا الذى لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عبدين فى البيع بثمن واحد فاذا احدهما مدبر او مكاتب او جاريتين فاذا احدهما ام ولد حيث يصح البيع فى القن بحصته من جملة الثمن مع ان ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا تصح فى المسئلة المذكورة فى الكتاب بالحصة اجيب ان من مشائخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ما ذكر هنا ان لا يجوز العقد فى تلك المسائل فى القن ويكون فيما ذكر هنا رواية فى تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح ان المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فاثر الفساد ولان شرط الخيار يمنع الانعقاد فى المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلا ينعقد فيه ابتداء فينعقد فى الآخر بالحصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه فى البيع لما ذكرنا من محليتهم فى الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم انفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يستفيد وعلى ما ذكرنا هنا يتفرع ما فى فتاوى قاضى خان باع عبدين على انه بالخيار فيهما وقبضهما المشترى ثم مات احدهما لا يجوز البيع فى الباقى وان تراضيا على اجازته لان الاجازة بمنزلة ابتداء العقد فى الباقى بحصته ولو قال البائع فى هذه المسئلة نقضت البيع فى هذا او فى احدهما كان لغوا كانه لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا وشرط الخيار لنفسه فنقض البيع فى نصفه **قوله** ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ الخ المراد ان يشترى احد ثوبين او ثلثة غير معين على ان ياخذ ايهما شاء وهذا خيار التعيين يعنى اى الثوبين او الثلاثة شاء على انه بالخيار ثلاثة ايام فيما يعينه بعد تعيينه للبيع اما اذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على انك بالخيار فى ايهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدى وان اشترى احد اربعة لا يجوز والقياس ان يفسد البيع فى الكل فى اخذ الاثنين والثلاثة كما يفسد فى الاربعة وهو اى القياس قول زفر والشافعى وجه الاستحسان ان شرع الخيار فى خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يحتاج الى راى غيره فى اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه او لتجبه خصوصا اذا كانت اهله لا ينبغى ان يتركها تلج الاسواق وتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج ان يرفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الاوفق ولا يمكنه البائع من حمله اليه الا مبيعا فكان فى معنى ما ورد به النص فيجوز غير ان الحاجة تندفع بالثلث لتحقق الجيد والردى والوسط فيها فيندفع بجعل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة فى الزائد لان شرط الرخصة للحاجة وقول المصنف والجهالة لا تفضى الى المنازعة جواب عن تعليل زفر والشافعى بها واذا عرف ان جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الاوفق لمن يقع الشراء له والارفق حاضرا او غائبا ثم انه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشترى لان البائع لا حاجة له الى اختيار الاوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو ادرى بما يلائمه منه فيرد جانب البائع الى القياس ولهذا النص فى المجرد على انه

ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلورثته ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث واما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل

لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي انه يجوز استحسانا لانه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وانت تعرف الفرق ثم اختلف المشايخ في انه هل من شرط جواز هذا البيع اعني البيع الذي فيه خيار التعيين ان يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة قيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضي خان الى اكثر المشايخ وقال شمس الائمة في جامعه هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير وغيره والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصححه فخر الاسلام قال الصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي ان القياس يأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بمورد السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فانه يقتضي ان شرط الالحاق بالدلالة ان يكون في محل الصورة الملحق بها الصورة الثانية بالعبارة وكان يلزم ان لا يصح البيع بخيار النقد الا في بيع فيه خيار الشرط لان صحة البيع على انه ان لم ينقد الى ثلاثة ايام فلا بيع مما ثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا نعلم اشتراط ذلك غير انهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز ان يرد كلا من الثوبين الى ثلاثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار انه تعيين المبيع الذي فيه الخيار لا انه يسقط خياره ولو رد احدهما كان بخيار التعيين ثم يثبت البيع في الآخر بشرط الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وتعين البيع في احدهما وعليه ان يعين ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم بيع احدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث لتعينه ملكا من مال غيره على ما ذكرناه ولهذا لا يتوقت في حق الوارث كما ذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بغيره فلما طلب شريكه القسمة لم يتعين عليه الا بعد غرضه وان لم يتراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند ابي حنيفة كما في خيار الشرط لا زائد اصلا وعندهما اي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب انه اذا كان فيه خيار الشرط ومضت المدة حتى انبرم في احدهما ولزم التعيين ان يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت ورح فاطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بها عندهما وخيار التعيين غير موقت فيه نظر وقد طولب بالفرق على قول ابي يوسف حيث قصر المدة على الثلاثة في خيار النقد اخذا بالقياس ولم يقتصر في خيار التعيين عليها اجيب بان في خيار النقد تعليقا صريحا اذ فيه الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه ليس فيه صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب ان اخذه في خيار النقد في الثلاثة باثر ابن عمر فيه ونفي الزائد بالقياس واثر ابن عمر نقله الفقيه ابو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصاء قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بيننا فاجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن احد من الصحابة خلافه الا انه لا يطابق قول المصنف في خيار النقد فيما تقدم فابو يوسف رح اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس **قوله** ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالعيب حاصله المعتبر امتناع الرد باي سبب كان يعرف منه ان هذا اذا كان بعد ان قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم ان الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فاذا هلك بعده هلك بغير شيء لانه تعين امانة اما لو هلك احدهما قبل القبض او تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع ولو هلكا معا بعد القبض لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع المبيع والامانة فليس احدهما اولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما واثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا ...

ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة

فاختلفا في الهالك اولا فادعى البائع انه اكثرهما ثمنا وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول ابي يوسف ومحمد وكان ابو يوسف يقول اولا يتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الآخر وان حلفا يجعل كانهما هلكا معا ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد وايهما اقام البينة قبلت فان اقاما فالمعتبر بينة البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك ايهما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئا استحسانا لان المعيب محل لابتداء البيع ايضا بخلاف الهالك ليس محلا لابتدائه فليس محلا للتعيين ولو كان البيع فاسدا فقبضهما فهلكا فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر امانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح يضمن نصف ثمن كل فان قيل من اين تعين المعيب للبيع دون الامانة واحدهما الاعلى التعيين مبيع كما ان احدهما الاعلى التعيين امانة وامتناع الرد ان اعتبار المبيع على الدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضي النسفي في مختلفاته واما عدم الضمان على الامين فباستصحاب الحال فان قيل فلم لم يضمن الآخر اذا هلك ثانيا باعتبار انه مقبوض على سوم الشراء اجيب بمنع انه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لاحدهما وليس هنا شئ على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا يجري فيه عقد بل تعيين الثمن فقط وهنا يجري تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض الشيئين على ان احدهما غير معين مبيعا واحدهما غير معين امانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للامانة فان قيل لاي شئ انعكس حكم طلاق احدى الزوجتين وعتق احد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعتاق الباقي لا الهالك والمبيع هنا يتعين الهالك للبيع اجاب على القمي بانه لا فرق في الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه في المسائل كلها غير انه اذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعتاق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للامانة وانت تعلم ان حقيقة السؤال انه لاي شئ جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع ان التصرف في الكل لاقي الاحد الدائر بين المعينين فلا بد من الفرق وهو ان العبد هنا لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه فتعين الباقي للضرورة وحين اشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للرد بالوجه محلا للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلاثة ايام فهلك احدهما فانه يمتنع عليه رد الآخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك اتمام العقد فيهما فاذا تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد ما تناول احدهما حتى لا يملك اتمام العقد فيهما **قوله ومن اشترى** دارا على انه بالخيار ثلاثة ايام او اقل او اكثر عندهما فبيعت دار الى جانبها فاخذ بالشفعة فهو رضا بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا ان من اشترى دارا بالخيار له ان يشفع بها فيما يباع بجنبها لان له الاجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لانها تدل على اختياره للملك فيما يتشفع به لانه اي الشان ما ثبت الشفعة الا لدفع ضرر الجوار وذلك اي ضرر الجوار يحصل باستدامة الملك فحيث شفع دل على انه مستديم للملك فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة لانه القائل بان المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يستفيد بها وقد قال يشفع بها فيحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فيتبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة اما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بان المشتري بالخيار ملكها فتجب له الشفعة بها والوجه انهما ايضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو متزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر

قال وإذا اشترى الرجلان غلاما على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رح وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام ضرر زائد وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضاء برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي دونه

تعيين شفيع دل على قصده استيفاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فإن المشتري هنا لم يصر أحق بالتصرف ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في محال كان إسناد حق الأخذ بالشفعة إلى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبيعة إلى جانبها ولا يسقط خيار الرؤية حتى إذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لأنه معلق بالرؤية فقبلها لا يتم تحقيق قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه إذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالأخذ بالشفعة قوله إذا اشترى الرجلان الخ بقيد اشتراكهما بالخيار ورضي أحدهما بالبيع بطل خيار الآخر فليس له أن يرده عند أبي حنيفة رح وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية بأن اشترى الرجلان شيئا فاطلع على عيبه فرضي به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده خلافا لهما وكذا لو اشترياه ولم يرياه فعند الرؤية رضي أحدهما دون الآخر لهما أن إثبات الخيار والإجازة لكل منهما فلا يسقط حقه بإسقاط صاحبه حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام ضرر زائد فإن البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك إلا بطريق المهايات والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بإلحاق الضرر بالآخر فإن قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لأنه بعد خروجه عن ملكه فإن مع اختيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فإن قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب أجيب بأنه إنما رضي به في ملكهما فإن قيل بل رضي به مطلقا لأن الخيار معلوم أنه قد يكون عنه فسخ وقد يكون عنه إبرام فشرطه رضا لكل من الأمرين أجاب عنه المصنف بقوله وليس من ضرورة الخ يعني لا يلزم من كونه شرط الخيار لهما أن يكون رضيا بفسخ أحدهما لجواز كونه رضيا بفسخهما فإذا جاز هذا كان هو الظاهر إذ الظاهر أن يحترز من العاقل إذا احتمل كلامه أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر أنه أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لأن الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل إلى ما لا يضر بلا فائدة قوله ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب أي حرفته ذلك إن كان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار إلى ورثته إجماعا لأنه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في البيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد ومن كان من مقتضياته فكان شرطه إذا لم يكن فيه ضرر صحيحا فالأصل في اشتراط الأوصاف أن ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما فيه غرر لا يجوز إلا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الأصح عنده لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط أنها حلوب جاز كما إذا شرط في الفرس أنها هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط الثمن مؤجلا ولو اشترى جارية على أنها حامل فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز لأن الحبل في الجواري عيب بخلاف البهائم فكأن ذكره ذلك للبراءة عن العيب وقيل إن اشتراها للتخذ ظئرا فشرط أنها حامل يعني ذلك غرضه للبائع فالبيع فاسد لأنه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فكانت كالناقة وإن لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحبل ومنه لو اشتراها على أنه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة رح في شرط الحمل في البقرة والجارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط أنها حلوبة لا يجوز لأن المشروط سنا أصل من وجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتنا الخ

وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه وهو بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار
كفوات وصف السلامة فيتخير لفواته لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

قبضه المشتري ووجده كاتبا او خبازا على ادنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه ان يوجد منه ادنى ما يطلق عليه اسم الكاتب والخباز
اعني الاسم الذي يشعر بالحرفة فلو فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيئا يسيرا ناقصا في الوضع او يخبز قدر ما يدفع عنه
الهلاك بالكل واذا لم يجده كما شرط وامتنع الرد بسبب من الاسباب يرجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتبا وغير
كاتب فيرجع بالتفاوت وعن ابي حنيفة رح لا يرجع بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وقد تعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع
على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليم وصف السلامة كما في العيب ولو اختلف المشتري مع البائع
بعد مدة فقال المشتري لم اجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا ولكنه نسي عندك المدة تحتمل انه ينسى في مثلها فالقول للمشتري لان الاصل في هذا ان القول لمن يتمسك
بالاصل ان العدم في الصفات العارضة اصل والوجود في الصفات الاصلية اصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تايدت بمؤيد وان لم تتايد
تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الالزام بخصوم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض او بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال
يومر بالخبز والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري والا يرده ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته بهما ونسي عندك المدة تحتمل
ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف
هذه الصفة ولو اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فان القاضي يريها النساء
فان قلن انها بكر لزم المشتري بلا يمين البائع لان شهادتهن تايدت هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن
لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ليتوجه اليمين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة
حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز ان تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض
يحلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري وروي عن ابي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتهن قبل
القبض بلا يمين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يوثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة
فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى ان يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت في
يدك فالقول قوله لان الاصل هو البكارة ولا يريها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا شرط
في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحا لا خيار للمشتري
وهو ما اذا وجده خيرا مما شرط وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس اعني الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر
مع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه فاذا اشترى ثوبا على انه اسكندري
فوجده ولبيا او هندي فوجده مرويا او كتان فوجده قطنا او ابيض فوجده مصبوغا او مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران او دارا على ان بناءها
آجر فاذا هو لبن او على ان لا بناء ولا نخل فيها فاذا بها بناء او نخل او ارضا على ان جميع اشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة او على انه
عبد فاذا هو جارية او فص على انه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على انها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد
او غلاما على انه تاجر او كاتب فاذا هو لا يحسنه او على انه فحل فاذا هو خصي او مكسه او انها بغلة فاذا هو بغل او ناقة فكان جملا او لحم معز فكان لحم

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا راٰه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وقال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا راٰه ولان الجهالة بعدم الروية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه

خصيا او على عكسه ونحو ذلك فله الخيار فلو اشترى على انه بغل فوجده بغلة او حمارا او بعيرا فاذا هو اتان او ناقة او جارية على انها رتقاء او حبلى او ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة افضل من المشروط وينبغي في مسئلة البعير والناقة ان يكون في العرب واهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل اما اهل المدن والمكارية فالبعير افضل ولو باع دارا بما فيها من الجذوع والخشب والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري ❊

باب خيار الروية قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الروية شرط ثبوت الخيار وعدم الروية هو السبب لثبوت الخيار عند الروية **قوله** ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا راٰه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وسواء راٰه على الصفة التي وصفت له او على خلافها ومثاله ان يشتري جرابا فيه اثواب هروية او زيتا في زق او حنطة في غرارة من غير ان يرى شيئا ومنه ان يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا او ثوبا في كمي صفته كذا او هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة له الخيار اذا رأى شيئا من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه او الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع او لا وسواء اشار الى مكانه او اليه وهو حاضر مستور او لا مثل ان يقول بعت منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه اصلا كان يقول بعتك شيئا بعشرة وقول المصنف وقال الشافعي لا يجوز العقد اصلا هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا انه لا يجوز واما فيما سمى جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية انه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك واحمد مثل قولنا واختاره كثير من اصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان بن عفان وطلحة رضي الله عنهما وذكر المصنف في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصرا عليه يعني وكلما كان كذلك لا يجوز بيعه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الانسان وما ذلك الا للجهالة قلنا اما النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقا فان ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع فقضينا عهدته واما بيع الغرر فلفظه يفيد انه غرره وذلك ليس الا بان يظهر له ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بان النهي عن ذلك لما يلزم من الغرر فيه ونقطع بان لا ضرر فيما اجزنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا راٰه فاما اذا اوجبنا له الخيار اذا راٰه فلا ضرر فيه اصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له حاجة وهو غائب واذا توقفت جواز البيع على حضوره ورويته وربما يفوت بان يذهب فيساومه غيره آخر او يشتريه منه فكان في الشرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رويته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير تحقق شيء من الغرر فانتفى دلالة النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصالح العباد قطعا فكان مشروعا قطعا فوجب ان يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعا ليس الا لذلك فظهر ان كلا من الحديثين لم ينف ما اجزناه فكان نفيه قولا بلا دليل وكفانا في اثباته المعنى وهو انه عقد مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخير وهو ما رواه ابن ابي شيبة والبيهقي حدثنا اسمعيل بن عياش عن ابي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم

وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت

من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند اكثر اهل العلم وتضعيف ابن ابي مريم بما تقدم له لا ينفي علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث ايضا الحسن البصري وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين ايضا قال مالك واحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن ابي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق ان عمل من ضعف ابن ابي مريم على وفق حديثه يقتضي على ان العمل على وفق الحديث بل هو تصحيح له وهي مسئلة مختلفة بين الاصوليين والمختار لا ما لم يعلم انه عمله من الحديث وقد روى الحديث ايضا مرفوعا رواه ابو حنيفة رح عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطني من طريق ابي حنيفة رح الا ان في طريقه الى ابي حنيفة عمر بن ابراهيم الكردي نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجده متغيرا لان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن وكذا شراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف لقيام الوصف فيه مقام الرؤية وقول المصنف فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه يعني فيما لو اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به اعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضيت الخ) اي وكذا له الخيار اذا رآه يعني اذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه لان يرده لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت قوله وحق الفسخ الخ جواب عن سؤال مقدر هو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا اجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين في تعلقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب ان المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشيء قد يثبت باسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها لان معنى الخيار ان له ان يجيز وان يفسخ ثم لم يثبت للاجازة سبب آخر فبقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب فان سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك واما الفسخ فيثبت لسبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له ان يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف مسلكا للطحاوي في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشائخ منهم من منع وانه لا رواية فيه واما قول المصنف ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرد فلو تم لزم وان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية ان يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبلها يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فيثبت قدرة الفسخ والاجازة معا واعلم ان خيار الرؤية يثبت في اربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا انه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه

قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء

ولا في الاثمان الخالصة بخلاف ما لو كان المبيع اناء من احد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع ان كانت اعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له ان يرده لكان له ان يرده ابدا وليس للبائع ان يطالب المشتري بالثمن ولم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضاء بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن يشترط علم البائع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط قوله ومن باع ما لم يره بان ورث عينا من الاعيان في بلدة اخرى فباعها قبل ان يراها فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه يثبت للبائع حتى جاز ان يرد الثمن بالزيافة وخيار الشرط فانه يجوز لهما ولو اقتصر على خيار العيب كان اقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان سبيل من ترك حقه او اخذه باخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه جوز متأخرا للمصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا يعني في حق البائع وثبوتا في حق المشتري ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضا الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية يحال انه قياس بجامع عدم الرضا بالبيع على الثبات وهو تعليل بالعدم وحاصله ان ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا باحكام العقد فكذا هنا ويرد عليه ان حكم الاصل اعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه ان يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما الا اذا سكتا فيلزم مح فكذا هنا وليس الواقع هذا لظهور اختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم نجعلنا فالاصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فكذا حق له ان يرجع وذكر للمرجوع اليه وجهين احدهما انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ولا يخفى انه نفي للحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني ما اخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن ابي وقاص ان طلحة رض اشترى من عثمان بن عفان رض مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت ما لم اره وقال طلحة رض لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر ان مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رض لان قضية يجري فيها التحاكم بين رجلين كبيرين ثم انهما حكما غيرهما فيها فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن احد خلافه كان اجماعا سكوتيا ظاهرا قوله ثم خيار الرؤية غير موقت بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشائخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يتوقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله ويبطله ما يبطل خيار الشرط من تعيب يعني بعد الرؤية او تصرف يبطل خيار الرؤية بقيد تفصيل يذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصله بقوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق للعبد الذي اشتراه ولم يره وتدبيره او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لتعلق الحق فيه للمشتري وقوله كالبيع المطلق انما يريد المطلق عن شرط الخيار للبائع لانه لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم والرهن والاجارة تبطل خيار الرؤية سواء وجدت بعد الرؤية او قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه تقديرا اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه اذا رآه وحاصله تقييد مخصص بالعقل وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة بالمبيع وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لو ابطل الخيار كان باعتبار دلالته على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فهذا لا يدل

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان تتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رحمه الله وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانهما اذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له ان ياخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية كما ذكرنا من ان دلالة الرضا لا تعمل في اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه برد بقضاء او بفك الرهن او فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا في رواية عن ابي يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه وكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية ان يقبضه اذا رآه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به قوله ومن نظر الى وجه الجارية الخ والاصل في هذا ان رؤية جميع اجزاء المبيع غير مشروط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعا والاجماع ان ينظر الى صورة العبد والامة التي يريد ان يشتريها ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تبعا للمرئي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف هذا ينبني عليه ان من نظر الى وجه الجارية او العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنهما او ظهرهما وسائر اعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههما لان سائر الاعضاء في العبيد والاماء تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الاعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وقيل لا يسقط ما لم ير قوائمها وهو المروي عن ابي يوسف ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن ابي حنيفة في الدابة اذا رأى عنقها او فخذها او ساقها او جنبها او صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حافرها او ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكفي الوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى عن ابي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لا بد من الجس باليد فلا يكتفي بالرؤية اذا لم يجسها لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك تنقص ثمنه عليه اللهم الا ان يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين او يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا ما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على قول زفر وفي البساط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصرم يبطل قيل وينبغي ان ينظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان بها فرو واما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى به مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا فان دخل في البيع اشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون وعلامته اي علامة ما لا يتفاوت آحاده ان يعرض بالنموذج فيكتفي برؤية واحد منها في سقوط الخيار الا اذا كان الباقي اردى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع وفي الكافي اذا كان اردى له الخيار لانه انما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار الرؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل الدون

قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج
وعند زفر رح لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم
لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم اراد البيع في الحال وان كانت احاده متفاوتة كالثياب والدواب
والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد لكن على الوجه الذي ذكرنا اعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما
ذكر الكرخي قال المص وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة وبه صرح في المحيط وفي المجرد وهو الاصح ثم السقوط برؤية البعض
في الكيل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين او اكثر اختلفوا فمشائخ العراق على ان رؤية احدهما كرؤية الكل ومشائخ بلخ لا يكفي بل
لا بد من رؤية كل وعاء والصحيح انه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له ان ما في الوعاء الآخر مثله او اجود اما اذا كان ادنى
فهو على خياره وان كان مما يتفاوت احاده كالبطاطيخ والرمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت واسقطت
خياري وفي شراء الرحا ما لاته لا بد من رؤية الكل وكذا السرج بالاته ولبده لا بد من رؤية الكل قوله وان رأى صحن الدار فلا خيار له
وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج لان النظر الى جميع اجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الى ما تحت السرير
ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفى برؤية المقصود منها وعند زفر لا بد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية
الكوفة فان دورهم لم تكن متفاوتة اما في ديارنا فلا بد من الدخول داخل الدار كما قال زفر لتفاوت الدور بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما
بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا ان يقال وكل من فرّ كل مقصود وعلى هذا ما ذكر من انه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو
مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي
وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق واما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار او رؤية خارجه فقد انكر بعض المشائخ هذا الرد
وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره وفي جامع قاضي خان لا يكتفى برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لا بد
من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيا وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرءاه من خارج الزجاجة لا يكفي
حتى يصبه في كفه عند ابي حنيفة رح لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكتفى لان الزجاج لا يخفى صورة الدهن وروى هشام ان قول
محمد موافق لقول ابي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المراة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن
اخذه من غير اصطياد فرءاه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء
على حاله بل يرى اكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع واما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في
ظاهر الرواية وروى بشر عن ابي يوسف ان كان شيئا يكال او يوزن بعد القلع كالثوم والبصل وبصل الزعفران والشلجم ان باعه بعد ما نبت
نباتا يعلم به وجوده تحت الارض جاز بيعه فان قلع البصل بل ثبت له الخيار حتى اذا رضي به يلزم البيع في الكل وان قلع البائع او المشتري باذن البائع ثبت
الخيار فلو رضي به لزم البيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل والموزون كرؤية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيئا له ثمن بطل خياره في الكل فلم
يكن له ان يرضى المقلوع او لم يرض وجد في ناحية من الارض قل منه او لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيبا لانه كان حيا ينمو وبعده صار حيوانا والتعيب يدل لنسبه
يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئا يباع عددا ان قلعه البائع او المشتري باذنه له الخيار في الباقي
حتى لو رضي به لا يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا يكون كله وان قلعه المشتري بغير اذن البائع بطل خياره وهذا

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله أن يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصدا وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئا وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولا في البيع

وقد حكي فيه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فما ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لأن بعضها يستدل في العادة به على الكل وإن اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف إن قلعته لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع لو قلعته فقد لا ترضى فتطوع إنسان بالقلع فإن تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما قوله ونظر الوكيل إلى المبيع مكشوفا يعني الوكيل بالقبض كما فسره المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلا عني بقبضه كنظر المشتري حتى لا يرده المشتري بعد قبض الوكيل بعد رؤيته إلا من عيب لا يكون نظر الرسول كنظر المرسل والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع إليك المبيع أو أنت رسولي إليه في قبضه وأرسلتك لتقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا إذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلا لأنه ما صدق أمرتك وقد قيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار منهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك بأن تقبضه فالتقسيم رباعي وهذا عند أبي حنيفة وقالا هما يعني الرسول والوكيل بالقبض سواء فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله وأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل أي قبل الوكالة بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وما لم يملكه لا يثبت عن فعله وصار كخيار العيب والشرط بأن اشترى معيبا لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا إذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط وصار أيضا كالإسقاط قصدا بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا لا يسقط وله أن القبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه وإنما كان هذا تاما لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاما وناقص وهو أن يقبضه مستورا وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة فلا يتم دونه ثم الموكل يملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لإطلاق التوكيل بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصدا بأن قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار لأن بقبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك الوكيل بعد ذلك إسقاطه لانتهاء ولايته ونقض بمسألتين لم يقم الوكيل فيهما مقام الموكل فيهما أحدهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رآه ولم يقبض يسقط خياره الثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل أجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل إنما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه إنما يأتي على القول بأن بمجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو الصحيح وبتعين الجواب الأول يقع الفرق في المسألة الثانية لأنه لا يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل يثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص قوله وبخلاف خيار العيب لأنه يثبت مع تمام الصفقة لأنه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت فيتم القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له أن يرد المعيب وحده فيما إذا اشترى شيئين قوله في الكتاب إلا من عيب قال فخر الإسلام يحتمل إلا من عيب لم يعلمه الوكيل فإن كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ولم نسلم مسألة خيار العيب أي الصواب عندنا أن لا يملك الوكيل بالقبض إبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم وقوله وخيار الشرط على هذا الخلاف إلخ يعني وخيار الشرط لا نص فيه قلنا أن نمنعه فيكون على الخلاف ذكره القدوري وهو رواية المنتقى لأن القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لأن وجوده يخير الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه ولئن سلم أنه لا يبطل بالقبض التام وهو الأصح فإن الموكل لا يملك التام منه فإن القبض التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل بخلاف الرسول بالبيع والشراء فإنه لا يملك شيئا من القبض لا التام ولا الناقص لأنه لم يوص بالقبض بل

قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا **قال** ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل

باداء الرسالة وكذا الايلك التسليم ايضا وصور الارسال في البيع تقدمت اوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء ان يقول قل لفلان اني اشتريت منك كذا وكذا العين بكذا **قوله** وبيع الاعمى وشراؤه جائز باتفاق الائمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز الا في السلم والشراء يريد في اخذ الجائز وتقصر لاهل بجده وله الخيار اذا اشترى لانه اذا اشترى مالم يره فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى مالم يره فله الخيار اذا راه وقد قررناه من قبل في اول الباب ولان الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء والتعارف بلا نكير اصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس كالشاة وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق وقوله كما في البصير ظاهر في ان البصير اذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه ورضي به ثم رأى فلا خيار له ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له في جامع القاضي هو ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ثم يذكر له صفته ولا يخفى ان الوقفة في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوقف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف لان الوصف قد اقيم مقام الرؤية كما في السلم ومن ذكر الكرخي وقال وتوقفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما وعن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرأى العقار وقال رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة للاخرس واجراء الموسى على راس من لا شعر له في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشيء بمنزلته وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته في السلم ووجوب اجراء الموسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامي وعن ابي يوسف ايضا انه اعتبر الوصف في غير العقار ايضا ولم يعتبر الشم والذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخ يمس الحيطان والاشجار فاذا قال رضيت سقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس لان تعريف الكامل في حقه يثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤوس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في اشهر الروايتين وهو المروي عن ابي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لابي الليث وقال ابو الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه فيسقط بذلك خياره قال المصنف وهذا اشبه بقول ابي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل ولو وصف الاعمى ثم ابصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف **قوله** ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما ليست رؤية للآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره فله رده بحكم الخيار ثم لا يتمكن من رده فيردهما ان شاء كي لا يكون تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده كخيار الشرط بدليل ان له ان يفسخه بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع وكذا لا يحتاج الى القضاء او الرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق احدهما لا يرد الباقي وهنا في الخيار الشرط يرد الاخر اذا رد احدهما بعد القبض اجيب بان واحدا منهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما ان الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهرا فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له ان يرد الباقي ايضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض احدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق احدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع كيليا او موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة

ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على
الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضاء به وان وجده
متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم
ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال ومن اشترى
عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة
قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد
اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

ليس بعيب فيه ولو استحق قبل القبض تخير لتفريق الصفقة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيبا في مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له ان يرده وحده
لتفرق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في منع تفريق الصفقة قبل التمام وجوازه بعده لدفع الضرر الاكثر وذلك ان في
تفريقها ثبوت ضررين وايجابا غير انه قبل التمام يكون ضرر البائع اكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج احدهما الا بالاخر لجودة احدهما ورداءة الاخر
وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا ابطلان مجرد قوله اذا الزمناه ردها وبعد القبض ضرر المشتري اكثر لانه متى رد الكل بطل حقه
عن اليد وضرر البائع موهوم اذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعلنا بدفع اعلى الضررين فيهما قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا
يجري فيه الارث على ما ذكرناه من الوجه في خيار الشرط وتقدم ان خياري الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق
قوله ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان وجده على الصفة التي رآه عليها فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة فلم يتناوله
قوله عليه الصلوة والسلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله الا اذا كان المشتري لا يعلمه مرئيه
اي لا يعلم ان المبيع كان قد رآه قبل حتى لو كان راى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم انها التي كان رآها ثم ظهرت اياها كان له الخيار لعدم
ما يوجب الحكم عليه بالرضا او راى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم انه ذلك وان وجده متغيرا عن الحالة التي كان رآه عليها فله
الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانت رؤيته وعدمها سواء فان اختلفا في التغير فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير فالقول
للبائع لان دعوى التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من المبيع دعوى امر حادث بعده والاصل عدمه
فلا يقبل الا ببينة بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية فقال البائع رأيته وقال المشتري لم اره فالقول للمشتري مع يمينه لان البائع يدعي امرا
عارضا هو العلم بصفته والمشتري ينكره والقول له وكذا لو اراد ان يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعتكه وقال المشتري بل هو هو القول
للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات او فيه خيار الشرط او الرؤية ولقائل ان يقول الغالب في البياعات كون المشترين رائي المبيع فدعوى
البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب ان القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالاصل الا ان يعارضه
ظاهر فالوجه ان يكون القول للبائع في الرؤية بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبائع في انه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشتري
في الخيارين ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض
فالقول فيه قول القابض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب فانه لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ
في الذي احضره والبائع ينكره وقوله الا اذا بعدت المدة استثناء من قوله القول قول البائع الا في صورة ما اذا طالت المدة على ما قالوا اي
المشايخ لان الظاهر شاهد للمشتري اذ الظاهر انه لا يبقى الشيء في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير قال محمد رحمه الله ارأيت لو راى جارية
ثم اشتراها بعد عشر سنين او عشرين سنة وقال تغيرت الا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الائمة وبه افتى الصدر الشهيد
والامام المرغيناني فنقول ان كانت لا تتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع واذا كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثاله
لو راى دابة او مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لان الشهر في مثله قليل قوله ومن اشترى عدل زطي لم يره وقبضه
فباع ثوبا منه او وهبه وسلمه ثم راى الباقي ليس له ان يرد شيئا منها الا من عيب وكذا لو اشترى العدل المذكور على ان له الخيار ثلثة ايام

باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به

.. شرط الخيار ورد الباقي بحاله أعني فباع بعضها أو وهبه سقط خياره في الباقي وليس له أن يرده بخيار الشرط بل إذا اطلع على عيب وهذا لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه فلو رد الباقي فقط كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام لما مر من أن قيام خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها وإن كان بعد القبض بخلاف خيار العيب فإن الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه أي في المقبوض وضع المسألة لأنها لو لم تكن مقبوضة لم يصح صورتها إذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ولأنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهي أنه لا يرد واحدا بل يردهما بخيار الرؤية إن شاء فالتقييد في قوله إلا من عيب لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد بأحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما إن شاء لا يقال في عدم رد الباقي عنه رواية ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع أنه متروك الظاهر فإن تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقا بل قلنا إذا رده يرد معه الآخر فزدنا شرطا في الرد عملا بحديث الصفقة لكونه عاملين بالحديثين معا جمعا بينهما والعدل المثل والمراد به هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه أي عدلها وفيها أثواب الزط في المغرب جيل من الهند تنسب إليهم الثياب الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنث في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتا أو هم قائلون هذا ولو عاد الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه إلى المشتري بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء والرجوع في الهبة فهو أي المشتري للعدل على خياره أي خيار الرؤية فله أن يرد الكل به أي بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة كما ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف وهو رواية علي بن الجعد عنه أنه أي خيار الرؤية لا يعود لأن الساقط لا يعود كخيار الشرط إلا بسبب جديد وصححه قاضي خان وعليه اعتمد القدوري وحقيقة الملحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا إلى قبيل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظه على هذه الرواية مسقطا وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا فيبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق ✣ ✣ ✣

باب خيار العيب تقدم وجه ترتب الخيارات والإضافة في خيار العيب إضافة الشيء إلى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أي صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل والعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا قوله وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يكن شرط البراءة من كل عيب فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده هذا إذا لم يتمكن من إزالته بلا مشقة فإن تمكن فلا كإحرام الجارية فإنه سبيل من تحليلها ونجاسة الثوب وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص وإنما ثبت له هذا الخيار لأن مطلق العقد والحال أنه لم يشترط فيه عيب يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير بيان الأول من المنقول والمعنى أما المنقول فما علقه البخاري حيث قال ويذكر عن العداء بن خالد قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة ثم قال البخاري وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والإباق وروى ابن شاهين في المعجم عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد المجيد بن أبي وهب قال قال لي العداء بن خالد بن هوذة ألا أقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم ففي هذا أن المشتري العداء أو الأول أنه النبي صلى الله عليه وسلم وصحح في المغرب أن المشتري كان العداء وتعليق البخاري إنما يكون صحيحا إذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل نحو قوله وقال معاذ

وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به **قال** وكلما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ

لاهل اليمن ففي قوله سوم بيع المسلم المسلم دليل على ان بيع المسلم المسلم كان سليما ويدل عليه قضاؤه عم بالرد فيه على ما في سنن ابي داود بسنده الى عائشة ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال عليه السلام الخراج بالضمان وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرقيق من الادواء التي يرد بها كالجنون والجذام ونحوها والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل ان يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى لا غائلة اي لا يغتال حقك من حيلة وما يدليس عليك في البيع من عيب وتفسيره الداء يوافق تفسير ابي يوسف له واما ابو حنيفة ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرئة وفسر ابو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشري الغائلة الخصلة التي تغول المال اي تهلكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون واما المعنى فلان السلامة لما كانت الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولان العادة ان القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده كيلا يتضرر بالزام ما لم يرض به **قوله** وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان اي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاحمد لان الخيار ثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبائع لم يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل عالما به لطول ممارسته كونه في يده ولذا جنبه الفقيه العلاء رحمه الله على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضي بالثمن المسمى الا على اعتبار انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه انزل عالما بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالما بالعيب فانزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في اخذه به او رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبله قوله ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد فليس له ان يأخذ في مقابلة فواته شيئا وهذا لان الثمن عين فانما يقابله مثله والوصف دونه فانه عرض لا يجوز بانفراده فلا يقابل به الا تبعا المعروضة غير منفرد عنه وقوله بمجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف ح يفرد بالنقصان ويتخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول او حكما بان امتنع الرد لحق البائع كان تعيب عند المشتري بعيب آخر او لحق الشرع بان جنى جناية ولذا قلنا ان من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردها لان تملك الزيادة التي المنفصلة عن المبيع الا بمنافع محض فرع لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية **قوله** وكلما اوجب نقصان الثمن الذي اشتري به في عادة التجار فهو عيب وهذا ضابط العيب الذي يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا او لا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار وارباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الائمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين او لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود الصحيح القوي على العمل وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك **قوله** والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير وقوله ما لم يبلغ بمعنى مدة عدم بلوغه يجري مجرى البدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع

ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدث عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدث بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا

ثم وجدت ايضا عند المشتري في الصغر له ان يرده به ثم قال القدوري فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ وقد اعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال ومعناه اي معنى قوله فاذا بلغ الخ وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يرده به لانه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه بان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر والبول في الفراش للصغير لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة في الصغير لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن فاذا اختلف سببهما بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله واذا كان غيره فلا يرده به لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر او ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له ان يرده بها واذا عرف الحكم وجب ان يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب فلو وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفى بلفظ المعاودة لان المعاودة لا تكون حقيقة الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاد زيد فيما اذا ابتدأ غيره ففرض تحقق المعاودة بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل ذلك بعد البلوغ ايضا والا فلا معاودة وقوله ليس بعيب اي لا يرد به قوله والمراد من الصغير الخ تقييد للصغير الذي ذكر انه اذا وجد منه شيء من هذه الامور عند البائع والمشتري يرد بان يكون صغيرا يعقل واما الصغير الذي لا يعقل فهو اذا فقد ضال لا آبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح السرقة والبول في الفراش قبل ان يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل بالفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا وكذا روى ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة وفي بعض المواضع ويستنجي وحده واذا قدر بها حده ما قدر بها في الحضانة اقتضى ان يكون ابن سبع سنين اذا صدر منه ذلك لا يرد به لانهم قدروا الذي يأكل وحده الخ بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بما دون خمس سنين وفي الفوائد الظهيرية وهنا مسئلة عجيبة هي ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له ان يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية فيها قال وكان والدي يقول ينبغي ان يسترد واستدل بمسئلتين احدهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ردها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع به ثم ابانها الزوج كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد والا استرد والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي ان يسترد انتهى وفي فتاوى قاضي خان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا ان كان البائع اعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع ان يسترد وذلك فيها ايضا اشترى شيئا وقبضه فحم عنده وكان يحم عند البائع قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن اصحابنا انه ان حم في الوقت الذي كان يحم فيه عند البائع كان له ان يرده او في غيره فلا يقبل له فلو اشترى ارضا فنزت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع كان له ان يرد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا ان يجيء ماء غالب او كان المشتري رفع من ترابها فيكون النز من غير ذلك او يشتبه فلا يدري انه عينه او غيره قال القاضي الامام يشكل ما في الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو لا يعلم بذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الاول الذي رضي به اذا كان الثاني عند البائع فلهم

قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد العقل وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة

عينه اذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت اشاور شمس الائمة الحلواني وهو يشاورني فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فاتفقنا في هذه المسئلة فما استفدت منه فرحا قوله والجنون عيب ابدا هذا لفظ محمد فلو جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر او في الكبر يرده لانه عين الاول لان السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد وهو فساد الباطن اي باطن الدماغ فهذا معنى لفظ ابدا المذكور في لفظ محمد وليس معناه انه لا يشترط المعاودة للجنون في يد المشتري كما ذهب اليه طائفة من المشايخ فاثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون عند البائع وان لم يجن عند المشتري فان هذا غلط لان الله تعالى قادر على ازالته بازالة سببه وان كان قل ما يزول وقد تحققنا كثيرا من النساء والرجال جنوا ثم عرفوا بالمداواة فاذا لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء لزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلا بد من معاودة الجنون للرد وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاسبيجابي قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم ابدا باسطر وان صح المشتري بآبق او جنون لا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان انه قد ابق عند المشتري او جن صرح باشتراط المعاودة في الجنون بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع او عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول ابدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب ان كان ساعة وقيل ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب وما دون يوم وليلة ليس بعيب قيل المطبق عيب وما ليس بمطبق ليس بعيب السرقة وان كان اقل من عشرة عيب وقيل ما دون الدرهم نحو فلس او فلسين ونحوه ليس بعيب والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى او من غيره الا في المأكولات فان سرقتها لاجل الاكل من المولى ليس عيبا ومن غيره عيب وسرقتها للبيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه والاباق ما دون السفر عيب بلا خلاف واختلفوا في انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو ابق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر اباق وكذا على العكس ولو ابق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو ابق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب ان لم يعرفه او لا يقدر فلا قوله والدفر هذه اربعة اشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام البخر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام ايضا لان الداء عيب في فتاوى القاضي قال الا ان يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن ابي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية ايضا الا ان يفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد امرد يكون البخر عيبا به والصحيح انه كل لا فرق بين كونه امرد وغيره والدفر نتن ريح الابط يقال رجل ذفر وامرأة ذفراء ومنه السب يقال يا دفار معدول عن دفرة يقال تمت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك الدال مهملة واما اعجام الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب او نتن وربما خص الطيب فقيل مسك ذفر ذكره في الجمهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب ذفره واقبل بخره قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة والبجر بالجيم عيب هو انتفاخ تحت السرة ومنه سمي بعض الناس بجرا في الصحابة غالب بن ابجر وقلبه سمي به فرس لقترة وكذا الادر وهو عظم الخصيتين والادن عيب هو من يسيل الماء من منخريه والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولد زنا عيبا انه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولد زنا غير الولد بامه قوله الا ان يكون الزنا له عادة استثناء من قوله دون الغلام وقوله على ما قالوا يعني المشايخ لان اتباعهن يخل بالخدمة اذ كل وجه لحاجة اتبع هواه وقال قاضي خان لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال

قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعي يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب

ويزداد بالمد ووضعا في المستقبل وفي موضعه ربما اذى به عرض سيده ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضي خان وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة اما عندنا عدم الختان في الجوارى لا يكون عيبا قوله والكفر عيب فيهما اي في الغلام والجارية لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر وللعداوة الدينية ولانه ربما يقصد الاضرار بالمسلم ولا يامنه على الخدمة في الامور الدينية كاتخاذ ماء الوضوء وحمل المصحف اليه من مكان الى مكان ولانه لا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل خطأ فتقل رغبته والوجه اولى ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زال العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو ان كان دينا يتاخر الى بعد العتق فلا خيار له بيرده به كدين معاملة بان اشترى شيا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بان جنى في يد البائع فلم يفده حتى باعه فله رده لان المال بعد العتق قد يعسر فيه نقصان لانه ميراثه قوله واذا كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في اوانه واستمراره علامة الداء وكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب قد يتولد المرض من الانقطاع في اوانه بخلاف ما اذا كانت بسن الاياس فان الانقطاع ليس عيبا في تحقيقه التعيب فيها بالداء ولذا قال بعضهم اذا اراد ان يرد بعيب الانقطاع فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي ان يدعي باحد السببين من الحبل او الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء قول الاطباء ولا يثبت العيب بقول الاطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الا ان يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجيه الخصومة قول امراة واحدة وكذا في الحبل وكذا في نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة وكذا نص عليه الشيخ ابو المعين في شرح الجامع وعيره اوجه لانه لتوجيه الخصومة لا للرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والنخاسين فان اجتمع عليه مسلمان او قال مسلم عدل قبل ويثبت العيد في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضي خان ان اخبر بذلك عدل واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضي هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان انكر ولا بينة عليه استحلف كما سنذكره ويعتبر في الارتفاع الموجب للعيب اقصى غاية البلوغ وهو ان يكون سنها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامة لانه لا طريق له الا ذلك فاذا انضم الى قولها نكول البائع اذا استحلف قبل القبض وبعده في الصحيح ردت واحترز بقوله في الصحيح عما روي عن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعما عن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء ووجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بمؤيد وهو نكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روي عن ابي يوسف مقدرة بثلاثة اشهر وعن محمد باربعة اشهر وعشر وعن ابي حنيفة وزفر بسنتين وما دون المديدة قصيرة فان كان القاضي مجتهدا اخذ بما ادى اليه اجتهاده والا اخذ بما اتفق عليه اصحابنا وهو سنتان فاذا سمع الدعوى يسأل البائع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها على البائع بالتماس المشتري وان قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع فتسمع دعواه على قيامه للحال فان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة عليها لانها مما يمكن الاطلاع ولا يمكن على الانقطاع الذي يعد عيبا وان انكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف عند ابي حنيفة لا وعندهما يستحلف وهذا ينبو عن تقرير الكتاب وانما يوافق تقرير الهداية ما نقله صاحب النهاية بعد ما ذكرنا ما ذكر عن حماد وقاضي خان اشترى جارية فقبضها فلم تحض

قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح

عند المشتري شهرا أو أربعين يوما قال القاضي الإمام ارتفاع الحيض عيب إذا تم شهرا واحدا فإذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يردها فإن ثبت أنه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر وينبغي أن يعول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استمرار ممتدة الطهر فعند أبي حنيفة ومحمد وهو قول زفر سنتان وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول أبي حنيفة أولا وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنا لأن الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فإن الوطء ممنوع شرعا إلى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا ماءه زرع غيره فقدره أبو حنيفة وزفر بسنتين لأن أكثر مدة الحبل فإذا مضتا ظهر انتفاؤه فجاز وطؤها وهو قياس وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لأنها اعتبرت بعدة المتوفى عنها ولأن فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره أبو يوسف بثلاثة لأنها جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هنا ليس إلا كون الامتداد عيبا فلا يتجه أن المدة بسنتين أو غيرها من المدد لأن كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي إلى الداء وطريقا إليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج إلى دعوى الانقطاع للرد به إلى تعيين أنه عن حبل أو داء في الدعوى فإن كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا إلى الداء أو لئلا يكون لأمر تقدم عليه فلهذا لم يتعرض الفقيه النفس قاضي خان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما بل إذا ادعى الانقطاع في أوانه فقد ادعى العيب ويكفي شهر واحد فإن تحقق الانقطاع في أوانه وهو العيب لأنه إن كان في الواقع مسببا عن داء فهو عيب وطريقا إليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعول عليه لا ما قيل لا يظهر للطبيب داء بمدة الطهر وكثيرا ما يكون في الممتدة طهرها شهرين ثلاثة صحيحة لا يظهر بها داء وهذا هو ظاهر الهداية ألا ترى إلى قوله ويعرف ذلك بقول الأمة وكذا قال الإمام العتابي وغيره إنما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان لا بد من اعتقاده لزم دعوى الداء أو الحبل في دعوى عيب الانقطاع ثم قيل وإن ثبت بقولها حتى توجه اليمين على البائع بل لا يرجع إلا إلى قول الأطباء أو النساء فظهر أن ما ذكر في النهاية من أنه لا بد من دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم إنه يحتاج في توجه الخصومة إلى قول الأطباء أو النساء ليس تقريرا في الكتاب بل إنما ذكره مشايخ آخرون تغليبا على الظن جعلناهم وكذا ما ذكر غيره من جعل هذه وزان المشتراة بكرا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فإذا قال المشتري ليست بكرا وقال البائع بكر في الحال أراها القاضي النساء فإن قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد هو أن الأصل البكارة وإن قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر إن كان بعد القبض وإن كان قبله حلف أنها بكر غير موافق لأن العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ليقضي بالنكول على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف لا طريق إلى استعلام الانقطاع إلا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها إلى قولها واعرف هذا فقول المص هو الصحيح احترازا عن قول أبي يوسف إنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب فإن ما عن أبي يوسف ومحمد في ذلك إنما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليها غير صحيح إذ لا يعرف ذلك إلا من النساء وقول النساء هنا أنها منقطعة الحيض غير معتبر وقد ذكروا أن الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا تقبل إذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضي خان والعتابي وهو ما صححناه أن يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فإن اعترف البائع بها ردت عليه وإن أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فإن ذكرت أنها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلف بالله ما وجد عنده وإن نكل ردت عليه لهذا قول المص ترد إذا انضم إليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع والوجه أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صح

قال وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن في الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر

في النهاية لما قدمناه من أنه إذا أنكر الانقطاع في الحال لا يستحلف عند أبي حنيفة ويستحلف عندهما ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلمها منقطعة عند المشتري فإن نكل ثبتت الخصومة وإن حلف تعذرت ولعمري إنما يحلف كذلك لأنه هو بار ومن أين له العلم بأنها عند المشتري لم تحض وكان المذكور في النهاية مبني على ما ذكره هو في صورة الخصومة وأما ما في الهداية فإن القول قولها في الانقطاع ويمكن أن يجري فيه أيضا وهذا تعداد العيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وحمرة الشعر إذا فحشت بحيث تضرب إلى البياض وكذا الشمط لأنه في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر والعشى أن لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا أو غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه بخلاف أعسر يسر وهو أن يعمل بهما فإنه زيادة حسن والقشم وهو يبوسة الجلد والتشنج في الأعضاء والجرب وهو ورم في المأكمة وربما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب الجرح السائل والحول والحوص نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي بالأشتر والظفر وهو بياض يبدو في إنسان العين وجرب العين وغيرها والسعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا تراهن يوم الروع كالحدأ القبل وفي العين والسبل والسعال القديم إذا كان عن داء فأما القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه إلى أحد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والفدع وهو اعوجاج في مفاصل الرجل والفحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك إحدى ركبتيه بالأخرى والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون بأطراف حافر الفرس والحمار والحنف وهو ميل كل من إبهامي الرجل إلى الأخرى وقال محمد بن الأعرابي الأحنف الذي يمشي على ظهر قدميه وتناثر شعر الرأس والصدف التوائي أصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق سعة مفرطة في الفم والتخنث قيل إذا فحش أو كان يأتي بأفعال رديئة والحمق وكونها مغنية وشرب الغلام وترك الصلاة وغيره من الذنوب وقلة الأكل في البقرة ونحوها وكثرته في الإنسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق إذا أفرط وعدم السيل في الدار والشرب للأرض وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى إلا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدرى حسنها من قبحها بخلاف ما إذا كانت ذميمة أو سوداء والعثار في الدواب إن كان كثيرا فاحشا وكذا أكل العذرة والجموح والامتناع عن اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير والسيلان اللعاب على وجه يبل المخلاة إذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الحنطة ترد به بخلاف ما إذا كان معتادا والمبيع لم إن يميز التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا أو كعبا فلبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوتا على أن فيه كذا من السمن أو قميصا على أن فيه عشرة أذرع والمشتري ينظر إليه فظهر خلافه فلا خيار له قوله وإذا حدث عند المشتري عيب بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لأن الرد إضرار بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما فلو ألزمناه به معيبا تضرر ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث عند المشتري فله ذلك لأنه رضي بالضرر وما كان عدم إلزامه المبيع إلا لدفع الضرر عنه فإذا رضي فقد أسقط حقه اللهم إلا أن يمتنع أخذه إياه لحق الشرع بأن كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فإنه لو أراد البائع أن يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على إهداره كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها قيل ينبغي أن يرجح جانب المشتري فيرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع

قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه

عصمة ماله كما لو غصب ذو الحمل فالثوب المغصوب بالخياطة او الصبغ او الحمار لان الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري يندفع باثبات حق الرجوع بحصة العيب فان قيل فقد تقدم ان الاوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها اجيب بانها اعتبرت اصولا ضرورة جبر حق المشتري والا يهدر كما صيرت اصولا بالقصد من اتلافها وكلما رجع بالنقصان فمعناه ان يقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب فينظر في التفاوت وان كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن وان كان اقل او اكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري اما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع او باعه او وهبه وسلمه او اعتقه على مال او كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشتري خطأ لانه لما وصل البدل اليه صار كان ملكه من القاتل باق فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع **قوله** لا يرجع بالنقصان اذا ابق العبد مادام حيا عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الياس من الاصل وعن ابي يوسف يرجع لتحقق العجز في الحال والرد موهوم وهو لا يعارض الموجود **قوله** ومن اشترى ثوبا فقطعه يعني ولم يخطه ثم وجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك اي مقطوعا كان له ذلك لان الامتناع اي امتناع رده لحقه وقد رضي به اي برده معيبا فزال المانع فان باعه المشتري اي بعد القطع بعد علمه بالعيب او قبله لم يرجع بشيء لان الرد لم يمتنع بالقطع برضى البائع فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا صار حابسا للمبيع بالبيع فان كان المشتري قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او كان المبيع سويقا فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة المتصلة وانما امتنع لانه لا وجه للفسخ في الاصل اعني الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها لان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع الى ما كان من المبيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلو ورد على الزيادة لزم الربا فان الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا او شبهته وشبهة الربا كالربا فلا يجوز فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه وان رضي المشتري بترك الزيادة لان الامتناع لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ فلو باعه المشتري رجع بالنقصان لان الرد لما امتنع لم يكن المشتري ببيعه حابسا له عن البائع وعلى هذا الاصل وهو ان الرد اذا كان ممكنا فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه ونيابته في التسليم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا والباقي بحاله رجع بالنقصان لانه لا يصير مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرجوع بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين ان يخرجه عن ملكه بالبيع او الهبة او لا في جواز الرجوع بالنقصان وهو معنى ما في الفوائد الظهيرية من ان الاصل في جنس هذه المسائل ان كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضي البائع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا اصل آخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ

قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس
ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق
فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي
وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد
او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي
فصار كالموت فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه ما وجب الضمان
لعدم الصلاحية كالاعتاق والصوم عنه مشترك واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع
ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء وهو يمنع الرجوع

والخياطة واللت بالسمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعي واحمد ولو قال البائع انا اقبله كذلك ورضي
المشتري بجيزه لما ذكرنا من حق الشرع والزوائد المنفصلة غير المتولدة مالو كان حنطة فطحنها او لحما فشواه او دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس
بهابس للمبيع بل ممتنع قبل البيع بحق الشرع وفي كون الطحن والشي من الزيادة المتصلة تامل المتولدة من الاصل كالسمن والجمال والانجلاء بياض
العين هي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان الزيادة تمحضت تبعا للاصل لتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة اصلا والمنفصلة
المتولدة منه كالولد واللبن والثمر في بيع الشجر والارش والعقر وهي تمنع الرد وتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون للمشتري مجانا
قبل القبض ان شاء ردها جميعا وان شاء رضي بها بجميع الثمن واما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بان يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة
الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته الفا وقيمة الزيادة مائة والثمن الف سقط عشر الثمن ان رده واخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ
العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة وهو قول احمد والشافعي واحمد وفيه الحديث الذي ذكرناه اول الباب الذي فيه قول البائع
انه استغل غلامي فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وجعل الشافعي واحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لامكان الفسخ على الاصل بدونها والزيادة
للمشتري من غير ثمن لان الذي تولد من المنافع وهي غير الاعيان لذا كانت منافع الحر الا مع ان الحر ليس بمال والعبد المكسوب للكتابة ليس كذلك فاما الولد تولد من نفس المبيع فيكون
له حكمه فلا يجوز ان يسلم له مجانا فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية ثبت له الرد لانها لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارش وانما قيد المص بقوله ام لم يكن زيادة
بالاتفاق فان السواد عنده نقص كما سنعلم فهو كالقطع وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بالعيب كان بالاتفاق قوله ومن اشترى عبدا فاعتقه المشتري
ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به والشيء بانتهائه يتقرر فكان الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للنقصان
يكون مانعا اذا كان من فعل المشتري اما اذا ثبت حكما للشيء فلا وههنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه اذا
بالنقصان مع الامتناع بفعله واجيب بان امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع

ينبغي للضمان يزيد فيقول بالفعل الذي لا يوجب زيادة واما العتق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله
الشافعي واحمد لان العتق انهاء للملك لان الآدمي ما خلق في الاصل للملك انما يثبت الملك فيه
وههنا وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب انه انهاء لان الشيء بانتهائه يتقرر الى آخره
وان لم يزل الملك كما يزيله الاعتاق لانه يتعذر معها النقل من ملك الى ملك
بالامر الحكمي اي حكم الشرع لا بفعل المشتري كالقتل قوله فان اعتقه على مال
كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه اي العتق على المال يرجع بالنقصان
انهاء للملك اعني الرق ولهذا يثبت به الولاء في الوجهين
بحبس بدله قوله فان قتل المشتري العبد اي لم يمت
من عدم الرجوع فيه ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف
قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي من قصاص ودية فكان كالموت حتف

فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده فاسدا فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته باعتبار اللب وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الإمكان وقال الشافعي رحمه الله يرده لأن الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وإن كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد

بغير حق ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا قال صلى الله عليه وسلم ليس في الإسلام دم مفرج أي مهدر وإنما سقط الضمان عن المولى بسبب الملك فلذا لو باشره في غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى صار كالمستفيد بالعبد عوضا هو سلامة نفسه إن كان عمدا وسلامة الدية للمولى إن كان خطأ فكان كأنه باعه بخلاف الإعتاق لأنه ليس بفعل مضمون بحاله لأنه في ملك الغير لا ينفذ وعتق أحد الشريكين إن نفذ لا يتعلق به ضمان إذا كان معسرا بل إذا كان موسرا على تقدير فلم يوجبه بذاته فعلم أي لم يلزم استفادته بالإعتاق عوضا عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما وأما الأكل فعندهما يرجع به وبه قال الشافعي وأحمد وفي الخلاصة عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوي وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع لهما أنه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه من الأكل واللبس حتى انتهى الملك به فكان كالإعتاق بخلاف القتل والإحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا والغرض من الشراء المقصود به وله أنه تعذر بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه فإنه يسقط أي استقرار الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضا كالقتل فلا يرجع ولا معتبر بكونه مقصودا بالشراء لأنه وصف طردي لا أثر له في إثبات الرجوع ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وجعل الصدر قول أبي حنيفة استحسانا مع تأخيره وجوابه عن دليلهما المفيد لما نحن في كون الفتوى على قولهما وأورد عليه القطع والخياطة فإنهما موجبان للضمان في ملك الغير مع أنه يرجع بالنقصان فيهما أجيب بأن امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ولا كذلك هنا فإنه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة أما في مجرد القطع فلا يتم ولهذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا أو مصبوغا بغير السواد قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما أكل لأن الطعام كشيء واحد حتى كان رؤية بعضه كرؤية كله يسقط الخيار فصار كما لو باع بعضه ثم اطلع على عيب فإنه يبطل حقه في الرجوع في غير قول زفر فإنه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وعنهما روايتان رواية أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي ورواية يرد ما بقي لأن الطعام لا يضره التبعيض فكان قادرا على الرد كما أخذه ويرجع بالنقصان فيما أكل كذا ذكره المصنف وهو نقل القدوري في كتاب التقريب وفي شرح الطحاوي أن الأول قول أبي يوسف قال يرجع بالنقصان في الكل إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن والثاني قول محمد قال وكان الفقيه أبو جعفر يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه أبي الليث وفي شرح المجمع قال أبو يوسف يرد الباقي إن رضي البائع لأن استحقاق الرد في الكل دون البعض فتوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وإن لم يرض لما ذكرنا أن التبعيض لا يضره وفيما لو باع البعض عنهما روايتان في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن شيخ البخاري أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتى ولو أطعمه ابنه الصغير أو الكبير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشيء ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لأن ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه فظهر أنه مر رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان سمنا ذائبا فأكله ثم أقر البائع أنه كان وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب إذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا أرش لأنه كالرضا به قوله ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا أو قرعا أو نحوها فكسره غير عالم بالعيب فوجده فاسدا فإن لم ينتفع به كالقرع المر والبيض المذر رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا بخلاف ما لو كسره عالما بالعيب لا يرده ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره بأن كان في موضع يعز الحطب وهو ما يشتري الوقود على ما قيل من أنه إذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لأن العقد فيه صادف محله لأن مالية الجوز قبل الكسر ليس إلا باعتبار اللب وإذا كان اللب لا يصلح له

قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار أو بينة أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل
البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة

لم يكن محل البيع موجودا فيظهر أن العقد وقع باطلا وهو اختيار المص وأشار إليه الإمام السرخسي وإن كان ينتفع به مع فساده بأن يأكله الفقراء أو
يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لأن الكسر عيب حادث عند المشتري فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان إلا أن يتناول شيئا منه بعد العلم فلا يرجع بشيء لذا
قال الحلواني هذا إذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فإن تناول شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشيء وأما إذا اشترى بيض نعامة فوجده مذرة ذكر بعض المشايخ في
شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب هذا يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المص وقال
الشافعي يرده يعني إذا وجده بعد الكسر بحيث ينتفع به مطلقا وفي شرح الأقطع قيده بما إذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب إلا به فله الرد في الصحيح من قوليه
انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب أن هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسره بنفسه قلنا التسليط
على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان المبيع ثوبا فقطعه المشتري ثم اطلع على عيب فإنه لا يرده مع أنه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالإجماع أنه
لا يرده وفي مسألة القطع أن تسليطه هذا هدر وأن التسليط المعتبر هو ما لو سلطه أن يكسره وهو في ملكه أي ملك البائع بأن أمره بكسره فذاك هو التسليط المانع
من الضمان على الكاسر وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك نفسه ولا أثر لهذا في نفي ولا إثبات ولو وجد البعض فاسدا فإن كان قليلا
البيع استحسانا لأن كثيرا من الجوز والبيض لا يخلو عن قليل فاسد فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء أصلا وفي القياس يفسد
وإن كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد في صفقة واحدة ولا نص في المسألة ولكن فيه
ظاهرة وقد قال المص في التعليل أنه كالواحد والمثنى وفي النهاية أراد بالكثير وراء الثلاثة إذا زاد على النصف وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفوا كأنه
لأن مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع
وقيل يفسد في الكل بالإجماع لأن الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة لأنه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن
وهو الأصح لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فإن الثمن ينقسم على الأجزاء باعتبار القيمة **قوله** ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء بإقرار أو بينة أو إباء
أنه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الآخر وبينة على ذلك لأن إنكاره العيب بسبب نكوله عن اليمين على العيب فله أن يرده على بائعه الأول يعني إذا خاصم لأنه
ما يجب معه أي أن يرده عليه وقيده في المبسوط بما إذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الأول أما إذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري
لم يذكره في الجامع وإنما ذكره في إقرار الأصل فقال ليس للمشتري الأول أن يخاصم مع بائعه بالإجماع لأن المشتري الأول لم يصر مكذبا فيما أقر
لم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي إقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد هذا وإنما يرده على هذا التقدير لأن الرد بهذا الطريق فسخ من
يعني من كل وجه فجعل البيع كأن لم يكن وقد اطلع على عيب فله أن يخاصم فيه إذ لا مانع من ذلك وما يقال ما الفائدة وهو أن القضاء بالبينة والنكول
فرع إنكاره العيب فخصومته البائع الأول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفر أنه لا يرده عليه للتناقض المذكور وكذا بالإقرار
على ما فسره المص أن يدعي عليه أنه أقر بالعيب فينكر الإقرار فيشهد عليه بالإقرار فإن إقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووهمهم و
بعد الرد ليس به عيب لا يرده على البائع الأول بالاتفاق أجاب المص عنه بقوله لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء فانعدم إنكاره العيب
تسليم أن إنكاره ظاهر في الصدق ولا يجوز كونه لدفع الخصومة فإن كثيرا من الناس يفعله فصار ظاهرا يعارض ظاهر الديانة
ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع إياه بخلاف قوله لا عيب فيه بعد الرد

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك متحد والثاني هنا بيع ثان لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان ...

تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مواخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول قوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له ان يرده لان المعنى له ان يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء ببينة او باباء يمين او باقرار المامور بالعيب بالبيع كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة الى خصومة الرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعذر البيع حتى يكون البيع الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وهنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وقيده فخر الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء اليمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله اما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وبالاباء اليمين ولا يرده لما مع الاقرار لان اقرار المامور لا يسمع على الامر ومعنى اشتراطه البينة والنكول والاقرار والغرض انه لا يحدث مثله انه اذا اشتبه على القاضي ان العيب قديم اولا او علم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة او عجز عن المجيء ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي ان العيب كان في يد البائع فيرده عليه اما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومته وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بدل عنده اقرار عندهما وبدل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب يحدث مثله واجيب بانه ليس حقيقته بل جار مجراه الا يرى انه لو ادعى بمال على عبد ماذون له بالتجارة فانكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع ان بدله المال لا يجوز الا في حق نحو الضيافة اليسيرة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له ان يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرارا لم يملك الرجوع عنه والشيء اذا اجرى مجرى الشيء لا يلزم كونه مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند ابي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف لو ادعى دارا في يد رجل فانكر فنكل فقضى القاضي للمدعي بها ثم اقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بينته ويرد الدار عليه ولو اقام انه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد في رواية ابن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وابو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فتقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله او لا يحدث مثله لان هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني الفسخ الذي بلا قضاء وقوله وان قبله يعني المشتري الاول بغير قضاء القاضي بل برضاه لا يرده على بائعه هذا هو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا او غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء باحد الوجوه الثلاثة كان له ان يرده على البائع الاول خلافا لزفر وان قبله بالتراضي ليس له ان يرده عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كان المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له ان يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا وبهذا لو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب في التراضي تجدد للشفيع حق الشفعة فان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرده اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من اصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالرضا والقضاء ونحن بينا الفرق بانه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث اجيب بان المسئلة فيما اقر بالعيب وابى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة

وفي الجامع الصغير وان رده عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه يعني ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول

عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احدها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الاصل والثانية اذا باع امته الحبلى وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه ابو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت كما لو لم يبعها الابن فادعاه الاب والثالثة ما اذا احال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت اجيب ببيان المراد وهو ان محمدا ذكر في مواضع ان بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى الا ترى ان من وهب مال الزكوة لرجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوة باعتبار ما مضى ويجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب ان ياخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه اما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولايته هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولان صحتها لا تستدعي حقا موجبا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قولهم الرد بقضاء فسخ وبغير قضاء عقد كان لم يكن منتقضا بمجرد الرد لا نقول ان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه ولكن يقال العقد كان لم يكن في حق ما يستقبل قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود واما منها فلا وذلك لمسئلة نقلها صاحب المحيط في المنتقى ان من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر بدراهم ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فانه يرده على بائعه وذلك لمعنى وهو ان المبيعين لا يكونان معقودين لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع فاذا رد على المشتري يرده بخلاف المبيعين في غير النقود وكمسئلة الهداية فانهما موجودان في ذلك فاذا قبله بدون القضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واذن ما فيهما من الاطلاق المذكور بالنسبة الى موضع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله وفي الجامع الصغير الخ انما ذكره لان ظاهره بخلاف القدوري فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيده في الجامع حيث قال فان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم فقال انما قيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق اولى لانه لما لم يمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية فلان يمتنع فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشتري اولى قال المصنف وفي بعض روايات البيوع اي بيوع الاصل ان كان فيما يحدث مثله يرجع يعني على البائع الاول باذا رده بالتراضي للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول وقد فعلا بغير قضاء ما لو رفع الى القاضي فعله لان الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقا او في مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قيل ووجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضي لان الحكم الاصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى رد العجز ... الرد لم يصح في حق غيرهما الا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى ...

قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه

فائدة قالوا انما هذا اذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه اما اذا كان قبل قبضه فللمشتري الاول ان يرده على البائع الاول سواء كان بقضاء او بغير قضاء كما لو باع المشتري الاول للمشتري الثاني بشرط الخيار له او باعه فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الاول ان يرده مطلقا وعلمت ان الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء قال في الايضاح الفقه فيه ان قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع والامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر اثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فموجب العقد قد تناهى الا ان حقه في صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت له حق الفسخ فجاء من هذا ان حق الفسخ بالعيب ما ثبت اصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل لغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة وانما ظهر اثره في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي ظهر اثره في حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت اصلا لانهما يسلبان اللزوم في اصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقا له وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء. قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة على البائع ان العيب كان عنده وعنده مقتضى هذا التركيب انه اذا اقام هذه البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقدر ظهير الدين للثاني جبرا هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم البينة فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لان معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يقتضي الحلف وليس يلزم من الطلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم لجواز ان ينكل فيستمر عدم الجبر فعلم انه يثبت مع احدى صورتي التحليف كما يثبت مع اقامة البينة وقيل يقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان اعني الحلف واقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به او بعدمه بان يحلف فيجبر او يقيم البينة ومنهم من اول لا يجبر بينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا لانه انكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به انكر تعين حقه لان حقه في السليم فلم يقبضه فما قبضه ليس معيبا ودفع الثمن عليه ووجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق البائع بازاء تعين حق المشتري في المبيع ولم يتعين لانه السليم وقد انكره واورد عليه ان الموجب للجبر قائم والمانع هو قيام العيب موهوم فلا يعارض المتحقق والجواب منع قيام الموجب لانه البيع للسليم او هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وايضا فقد يثبت ادعاه فيؤدي الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغي ما امكن فلو ان المشتري قال شهودي بالشام مثلا فامهلني حتى احضرهم او آتيك بكتاب حكمي من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل يستحلف البائع ويقضي بدفع الثمن ان حلف وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا لان في الانتظار بالبائع كثير اضرار لان التاخير الى غاية غير معلومة تجري مجرى الابطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كثير اضرار بالمشتري لانه على حجته اذ له ان يقيم البينة بعد حلفه على البائع ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال شهودي حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثاني ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضرهم الى ثلاثة ايام اجلها وليس هنا ما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يتناكرا العقد بل حقيقة الدعوى هو كالمحل على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود والمسقط وهذا صريح في قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله اصح اذا قال لي بينة غائبة او قال ليس لي بينة حاضرة ثم اتى ببينة تقبل

قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يأبق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع

واما اذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى ببينة في ادب القاضي تقبل في قول ابي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن ابي حنيفة لا تقبل وفي جمع النسفي في قبول البينة عن اصحابنا روايتان ثم تحليف البائع في مسئلة الكتاب يخالف ما في روضة القضاة اذا قال بينتي غائبة لم يحلف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحلف وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصر فاحلفه ثم اتي بها لا يحلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله لما اذا نكل لزم العيب لانه يعني النكول حجة فيه اي في ثبوت العيب قيد به لان النكول ليس حجة في كل شيء اذ ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند ابي حنيفة ثم قوله ومن اشترى عبدا فادعى المشتري اباقا عنده وجحد البائع فاراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده لا يحلف حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده اي عند المشتري لانه ح يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لزم ذلك لان القول وان كان قوله اي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه الا بعد ثبوت قيام المدعى به للرد ومعرفته اي معرفة قيام العيب بالحجة عند انكاره وهذا في دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما اما في عيب لا يتوهم زواله وعوده عند المشتري كولادة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا وعرفان معنى المسئلة ان يدعي اباقا فينكر قيامه في الحال فيحتاج الى اثباته اما لو اعترف البائع به فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس المشتري وان انكر طولب المشتري بالبينة على ان الاباق وجد عند البائع فان اقامها رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما ابق عنده قط قال المص كذا قال في الكتاب اي الجامع فان عبارته فيه اذا اقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما ابق قط قال وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي به او بالله ما ابق عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما ان يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب وبالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قال لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد باعه وما به هذا العيب كان بارا في يمينه وان باعه وسلمه وما به هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة صادقة اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأوله البائع في يمينه اي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن ان صدقه لغة على تقدير يوجب بره شرعا وليس كذلك فان تأوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هي يمين غموس في الاخير مع الوفاء بالمقصود ان يحلف ما ابق عندي قط ولو لم يجد المشتري بينة على وجود العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عند المشتري يحلف على قولهما واختلف المشايخ في قول ابي حنيفة قيل يحلف وتحقيق الخصومة او تحقيق العجز عن الخصومة فعن القاضي ابي الهيثم ان الخلاف مذكور في النوادر عنده لا يحلف وفي شرح الجامع الكبير للشيخ ابي المعين النسفي قال بعض مشائخنا منهم شيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان قول ابي حنيفة بخلاف قولهما وانما يحلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فقيل لانه وان كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به اما اذا كان مدعيا فلا الا ترى ان المودع اذا ادعى قبض المودع لها يكون اليمين على البتات مع انه فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسي والاول وجه فان معنى تسليمه المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال انه لم يفعل السرقة عندي فيرجع الى الحلف على فعل الغير وورد على الاول سلطان ... امن اخر صفقة واحدة ثم مات احدهما فورثه البائع الاخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم

ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وطلب يمين البائع بالله ما يعلم انه ابق عنده يحلف في قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رح لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

عنده مع انه يدعي العلم باتصال العيب الثانية اذا اشترى المتفاوضان عبدا ثم غاب احدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علمه بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندي ان يستشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه لان تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البتات وهو واحد اعني العيب في ذات واحدة هو المشكل فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم العيب كان علمه بالنسبة الى النصفين او جهله كان ايضا كذلك الا ان يكون في المسئلة ان العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات ما ابق عندي وعلى العلم ما اعلم انه ابق عند شريكي فليكن محملها ذلك وعلى هذا فلو لم تكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يحلف الا على البتات ويكتفى بذلك الا ان هذا غير معلوم فيحلف كما ذكرنا ولو لم تكن اقامته الا عند الذي مات لا يحلف الا على البتات لان العقد اقتضى وصف السلامة واعلم ان مما نظائره مسئلة لو ابق عند البائع وابق عند المشتري وكان ابق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك واثبته يرده لانه معيب بالعقد ووجب على هذا البائع التسليم ولو لم يقدر على اثباته له ان يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرده ويذكره وجه قوله على تقدير الخلاف وهو ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب اذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه لانه بنكوله انزل مقرا بوجود العيب عند المشتري فتوجه الخصومة فيه فيحلف على انه ما وجد عنده الى آخر ما ذكرنا وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل لشيء ان البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى اصلا في الحدود وكذا على انه وكيل او وارث ولا دعوى اصلا فدعوى غير صحيحة اولى وفي الكافي الاصح انه لا يحلف لان التحليف شرع لدفع الخصومة لا لاثباتها وهذا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة اخرى لا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من الخصومة فيها تنتهي خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ اخرى واما قوله في الوجه الخاص انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد به عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك ان القاضي يطلب جوابه عن ذلك الا ترى الى قولهم فان اعترف بان الامر كذلك رد عليه وان انكر وجوده عنده وقد ثبت وجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عنها حلف الى آخره او اعترف بوجوده عنده وانكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب باحد هذه غير انهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد ان لم يثبت وجوده عنده فلا يترتب عليه فائدة الا بعده توجب تقديمه ولهذا لو كان العيب مما يكفي للرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها ولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في ان كلا منهما يستدعي جوابا بما يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناء على ان الخصومة هناك تتجه قبل اثبات الدين وهنا لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له ان يجيب هنا بانكار العيب عنده راسا كذلك له ان يجيب بانكار الدين راسا بمعنى انه لم يثبت قط ثم كما ان عليه ان يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة او النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود وكذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده اي المبيع فاذا تأملت لا فرق والله اعلم فالوجه ما قالا من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه المال فعليه

قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا

اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين اخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحق على امرين لم يمتنع من اثبات كل منهما ثم قال المصنف قال العبد الضعيف يعني نفسه اذا كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف البائع ما ابق عنده منذ بلغ مبلغ الرجال لانه عساه ابق عنده في الصغر فقط ثم بلغ عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو ارسلناه لحلف ما ابق عنده قط اضررنا به والزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف اصلا اضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي اصناف اخرى كذا ذكرها قاضي خان هي مع ما ذكرنا تتمة اربعة انواع الاول ان يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله اصلا او من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية اي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا ان يدعي البائع رضاه به او العلم به عند الشراء او الابراء منه فاذا ادعاه سال المشتري فان اعترف امتنع الرد وان انكر اقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع او ما رضي به ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد والثاني ان يدعي عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عنده ها رده وكذا اذا انكره فاقام المشتري البينة او حلف البائع فنكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان انكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان احوط فاذا قالا ذلك يخاصمه في انه كان عنده والثالث ان يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا انه اذا انكر قيامه في الحال اريت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا او قرناء ردت عليه بقولهما عندهما كما تقدم او اذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث يرد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في ان ذلك كان عند البائع لعلمه بذلك كما في الاصبع الزائدة الا ان يدعي رضا فعلى ما ذكرنا وفي شرح قاضي خان العيب ان كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يوما بالرد وان كان مما يحدث

واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع تبيعه قال نعم لم يرده لانه عرض على البيع ولو على عرضه فلم يشتر سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زيوفا فقال المشتري للبائع انفقه فان لم يرج رده على فانفق ثوبا فقال هو قصير فقال البائع اره الخياط فانه قطعه والا رده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشتري ليست كفنا ثم وجد به بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفي القنية لو وجد به عيبا فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة اياما ثم عاد اليها فقال الخصومة بدة فقال لا انظر انه يزول او لا فله رده كذا في المجتبى قوله ومن اشترى جارية او غيرها من الاعيان وتقابضا فقبض الجارية فوجد بها المشتري عيبا فاراد الرد فاعترف البائع بما يوجب الرد الا انه قال بعتك هذه واخرى معها وانما يستحق على رد الثمن وقال المشتري بعتنيها وحدها فارد جميع الثمن ولا بينة لاحد فالقول قول المشتري لان هذا اختلاف في مقدار المقبوض اميناكان او ضمينا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع ولان البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك يسقط الثمن عن المشتري والبائع يدعي بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري ينكر فالقول قوله وصار كالغصب اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع

قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقا قبل التمام
وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله
انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن
لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رده خاصة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد
الى الردئ فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم على
ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرده قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من
جنس واحد فهو كشيء واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد كالكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فان كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر

فيه زيادة فالقول قول الغاصب فالقول قوله وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع بان اتفقا على ان المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتهما وانما استحق حصته
وقال المشتري لم اقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري لما بينا من ان القول قول القابض قوله ومن اشترى عبدين او ثوبين
ونحوهما صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالآخر الذي لم يقبض عيبا فانه بالخيار ان شاء اخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له ان
يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن في هذه الصورة لان الصفقة انما تتم بقبضهما لانها انما تتم بقبض كل المبيع ولم يوجد فيكون رد احدهما
وحده تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا اي كون رد احدهما بعد قبض احدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بناء على ان تفريقها قبل القبض
كتفريقها في نفس العقد فيما اذا قال بعتكهما بالف فقال قبلت في هذا بخمسمائة وانما كان كذلك لان القبض له شبه بالعقد لانه يثبت
ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه اعني القبض مؤكد لما اثبته العقد حتى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر
لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج مثلا ونحوه فالشهود بشهادتهم اكدوا لزومه وحققوه وما قيل في تمامه وحكم الشبه حكم المشبه به فان الصلوة
على النار وعلى النجاسة حرام ولو صلى وبين يديه نار او بقربه نجاسة كان مكروها ليس تمثيلا صحيحا فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكمه لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان
العيب في غير المقبوض فلو وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة لان الصفقة تامة في المقبوض والصحيح انه يأخذهما او يردهما
لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فما لم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقا قبل التمام وصار تمام الصفقة كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن
لا يزول الحبس دون قبض جميعه حتى لو بقي من الثمن درهم كان له ان يمنع جميع المبيع عليه ولو قال المشتري انا امسك المعيب واخذ
النقصان ليس له ذلك فاما لو كان قبضهما اعني العبدين ثم وجد باحدهما عيبا فان له ان يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه اي في رده
وحده تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردئ لترويج الردئ ففي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر
فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده واشبه خيار الشرط والرؤية في ان الصفقة لا تتم اذا كان فيها احد الخيارين
هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال اصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد باحدهما عيبا بعد
القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد باحدهما فصار كما بعد
القبض وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الائمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر
ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه لو استحق
احدهما بعد القبض ليس له ان يرد الآخر بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع انه تفرقت الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من
تدليسه لما قدمنا من ان الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمنا او شرط الخيار في احدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن افراد
احدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن في العادة كنعلين او خفين او مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا فانه يردهما او يمسكهما
لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد
باحدهما عيبا وقد الف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة قوله ومن اشترى شيئا مما يكال كالحنطة والتمر او يوزن كالسمن
والزعفران وغير ذلك فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده اذا كان الاطلاع على العيب بعد القبض اما لو كان قبله فلا فرق

ورد المستحق بعضه ماله خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد
القبض ولو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص عيب فيه وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون

بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد في انه يرد الكل او يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزون ودونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل لان المكيل اذا كان من جنس واحد كالحنطة والشعير فهو كشيء واحد فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق باحاد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الاحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب او بساط ونحوه الا ترى انه يسمى المتعدد منه المجتمع باسم واحد كالكر والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدين فانه يرد معيبهما يرد المعيب خاصة لانهما شيئان حقيقة وتقوما وانتفاعا فلا يوجب افراد احدهما عن الاخر عيبا حادثا فيه قيل هذا يعني كونه يرد الكل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعاءين كما اذا اشترى عدلي حنطة صفقة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كذا ذكره فخر الاسلام قال لانه تميز المعيب من غيره فلا يوجب زيادة عيب في المعيب فانه اذا كان مختلطا بالجيد يكون اخف عيبا مما اذا انفرد فلو رد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في وعاءين فرد احدهما لعيبه فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه ابو الليث هذا التاويل يصح على قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن ابي يوسف لا على قول ابي حنيفة فانه روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في المجرد ان رجلا لو اشترى اعدالا تمر فوجد بعدل منها عيبا فان كان التمر كله من جنس واحد ليس له ان يرد المعيب خاصة لان التمر اذا كان من جنس واحد فهو بمنزلة شيء واحد وليس له ان يرد بعضه دون بعض وذكر الناطفي برواية بشر بن الوليد لو اشترى زقين من سمن وسلتين من زعفران وحملين من القطن او الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة الا ان يكون احدهما والاخر سواء فاما ان يردهما كلاهما او يتركهما كلاهما فقد رايته كيف جعل التمر اجناسا مع ان الكل جنس التمر فعلى هذا يتقيد اطلاق الشيخ في نحو الحنطة فانها تكون سعيدية وبحيرية وهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين ويتقيد اطلاق فخر الاسلام ان في الاعدال يرد المعيب خاصة بل ذلك اذا كان باقي الاعدال من غير ذلك الجنس الذي هو مندرج تحت مطلق جنسه بان يكون بعض الاعدال برنيا وبعضها البابة فيرد ذلك خاصة اما اذا كان الاعدال من جنس واحد بان يكون كلها برنيا او صيحانيا او عراقية فيرد الكل او العبرة كالعدل الواحد وان كثرت بجريان ما ذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها قوله واذا استحق بعضه اي بعض المكيل او الموزون فلا خيار له في رد ما بقي بل يلزمه لان يرده لانه لا يضره التبعيض وروي عن ابي حنيفة ان له رده وقيل الضرر مؤنة القسمة ووجه الظاهر انه لا يضره التبعيض لا في القيمة ولا في المنفعة اما في القيمة فان المد من القمح يباع على وزان ما يباع به الاردب والغرارة واما في المنفعة فظاهر فلا تلزمه بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يتعيب بالتبعيض فان الفصل من الثوب كالذراع اذا نودي عليه في السوق لا تبلغ قيمته مثل ما يباع بالثوب وان كان مما لا يفصل كالعبد يتعيب بعيب الشركة بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فانه اذا شاء اقتسماه في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يحب ومؤنة القسمة منتفية وقد تقوم بحيل جميعهما وقد لاهما قوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة جواب عن سؤال هو انه ينبغي ان يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا تفريق الصفقة على المشتري المستحق عليه فاجاب بان تفريق الصفقة انما يمتنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضا العاقد وقد تحقق لا برضا المالك اعني المستحق ولذا قلنا المستحق لبدل الصرف وراس مال المسلم بعد افتراق العاقدين يبقى العقد صحيحا لنعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضى العاقد

قوله وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لانه بالقبض ولو كان المستحق ثوبا ونحوه كعبد وكتاب فله الخيار ولان التشقيص في الثوب عيب والشركة في العبد عيب ...

ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا

الهداية تبعا لكافي ولا يقال ينبغي ان يثبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق اجاب بقوله وقد كان الخ اي هذا العيب اعني عيب الشركة كان ثابتا وقت البيع وانما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تمييز الجيد من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد وكان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الا رد الكل **قوله** ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا ونحوه من مرض او غير مرض فداواها او كانت دابة فركبها في حاجتها اي حاجة نفسه وفي بعض نسخ حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصد الاستبقاء بخلاف خيار الشرط اذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه او لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار لان ذلك الخيار للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه لحاجته مرة والاستخدام مرة مسقطا له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم يمنع الرد والارش فمن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاول للاختبار الذي لاجله شرع الخيار فلم يكن الاول دليل الرضا اما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري الى رأس ماله اذا عجز عن وصف الجزء الفائت اليه فالمرة الاولى فيه لا يعسر فيها عن كونها دليل الرضا صارت هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخر الرد مع القدرة عليه بالتراضي او بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد منه وعند الشافعي يبطل والتقييد بحاجته لانه لو ركبها ليسقيها او يردها على بائعها او يشتري لها علفا فليس برضا وله الرد بعد ذلك اما الركوب للرد فانه سبب الرد فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا تنقاد او تتلف مالا في الطريق فيحتاج ولا يتخلصها عن ذلك الا الركوب والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته الى ذلك فيها لانها قد تكون صعبة فلا تقود للسقي او يحمل عليها علفها ما ذكرنا مع كونه قد يكون عاجزا عن المشي او يكون العلف في عدل واحد فلا يتمكن من حمله عليها الا اذا كان راكبا فيقيده بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضا ذكره قاضي خان وغيره ولا يخفى ان الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي انها لا تعدمها تجري فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي ان يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجة نفسك وقال المشتري لاردها عليك فالقول قول المشتري فاما لو قال البائع ركبتها للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي ذلول فينبغي ان يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المصحح للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون في تخيل اسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شيء من ذلك الاسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضا ركبها او لم يركبها **قوله** وجد بالدابة عيبا في السفر وهو يخاف على حمله حملها عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور **قوله** ومن اشترى عبدا قد سرق عند البائع وعلى ما ذكرنا ما وقع في المطارحة لا فرق بين ان يسرق عند البائع او غيره ولم يعلم المشتري به اي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وسيأتي فائدة هذا القيد فقطع عند المشتري فله ان يرده على بائعه ويأخذ الثمن كله منه عند ابي حنيفة رحمه الله كذا في عامة شروح الجامع الصغير وبعض روايات المبسوط وفي جامع التمرتاشي في بعض روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكر في المبسوط حيث قال وعند ابي حنيفة يرجع بنصف الثمن لان القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الادمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رده بالباقي ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع ولما ثبت الخيار من رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن

قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى
هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل
وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع
بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود
مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسألة ممنوعة

مقتصر على انه اختيار امساكه وفي شرح الطحاوي للاسبيجابي لو قطعت يده بعد القبض الى آخر الصورة ان شاء رضي بالعبد الاقطع ورجع بنصف
الثمن ومن شاء ترك وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يرده ولكنه يرجع بنقصان العيب يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع
بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضي البائع ان يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن اهـ فلا يخفى ما في نقل المقتصر في جواب المسألة كما نصه ان له ان يرده
ويرجع بالكل وما في ما نقل في الحصر وما المختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري ليس قرة عند البائع ان يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالتباس
واقرب ما يظن انما يرد اتيان عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل المذكور كما ذكرنا وعبارة الهداية اخف فانه قال فله ان يرده ويأخذ الثمن فانما
ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ما له من الآخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف لكن الفرض ان الخلاف ثابت في
الآخر وهو اذا امسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا يرجع بالنقصان ويمسكه وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع بان
قتل عمدا او ردة ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعندهما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت من القيمتين الى الثمن
قال المصنف فالحاصل انه اي استحقاق القطع اي ثبوته في العبد بمنزلة الاستحقاق ولو استحق كله رجع بالكل او نصفه كان بالخيار بين ان يرد الباقي ويرجع بكل
وبين ان يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا وعندهما ذلك بمنزلة العيب يعني في الحكم والا فهو عيب عندهما لا بمنزلة العيب وفي المبسوط
فان مات العبد من ذلك القطع قبل ان يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في الحق
لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن متقررا على المشتري وليس
لولي القصاص حق في ماليته وكذا لو كان ولي القصاص بائع شراء المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كما لو اشترى المرتهن
عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية فلا يجري استحقاق
استيفاء العقوبة مجرى الاستحقاق في الكل والبعض انما يذهب المالية بالقتل وهو فعل انشأه المستوفي باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان
المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبيع ولا ينقض اخذ المستحق له لان اخذه من حيث هو مال وكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا في يد
المشتري بعد الرد فيرجع بالنقصان وصار كما اذا اشترى حاملا لا يعلم بحبلها وقت الشراء والولادة وقت القبض فماتت عنده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا
وغير حامل ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع وله ان سببه وجوب القطع والقتل وجد في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون
مضافا الى سبب القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقتله وصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كأن قطع او قتل عند البائع الذي عنده
السبب وصار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها او قطع فانه يرجع على الغاصب
بقيمته او نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما لو
وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المالية الآن مستحق به كأنه الا انه لا يظهر اثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا
فبقي المالية فيصح البيع ونحوه واما اذا قتل فقد تم الاستحقاق وبطلت المالية فظهر اثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا وما ذكر من
موت الحامل ممنوعة على قول ابي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان ابو زيد وفخر الدين قاضي خان رح وان لم يذكر الخلاف في
المبسوط من يحتمل الا يا ذكر من مسألة في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد

ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة ارباعه لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احداهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع

ان يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك ههنا عنده واختصر الخصم عليه وان سلمنا نقول الموجود في يد البائع العلوق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالبا بل الغالب السلامة فليس ههنا وجوب يفضي الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف مسئلة الغصب الصحيح لان شرط صحته ان يردها كما اخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب وههنا الحبل لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونوقض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محمومة فلم يرد واحتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع والثانية اذا قطع البائع او غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن والثالثة اذا زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع والرابعة لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع والخامسة لو سرق في يد البائع فقطعت عند المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البائع واجيب بان الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه واما الثانية فلان البيع لما ورد على قطع البائع او الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فينقطع بيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية بغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع واما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فهذا من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المولم دون المتلف وذلك لا ينافي المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض حدث في يد المشتري وهو خرق الجلاد او ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا واما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما اي بالسرقتين جميعا فعندهما يرجع بالنقصان اي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع وعند ابي حنيفة ليس له ان يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث وهو السرقة عند المشتري والقطع بها ولكن ان رضي البائع به كذلك رده ورجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به امسكه ورجع بربع الثمن لان اليد من الآدمي نصفه في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما اصاب المشتري فيرجع بالباقي ان رده بان رضيه البائع وذلك ثلاثة ارباع الثمن وبربعه ان امسكه بان لم يرض البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع معيبا لا مع ان يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة قوله ولو تداولته الايدي اي ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده ثم قطع عند الاخير بتلك السرقة رجع الباعة بعضهم على البعض بالثمن كما في الاستحقاق عند ابي حنيفة لان اجراه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين ان يرده ويرجع بالكل او يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن وعندهما يرجع الاخير الذي قطع في يده على بائعه بالنقصان ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وما رجع الاخير فلانه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع واما بائعه فانما لا يرجع على بائعه لانه بالبيع صار حابسا للمبيع مع تمكنه من رده بالعيب وقد علمت ان بيع المشتري

قال ومن باع عبدا بشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه
ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان
الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة

العيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب او لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله في الكتاب اي الجامع الصغير ولم يعلم به يعني وقت البيع
ولا وقت القبض يفيد على قولهما لانه عيب والعلم بالعيب عند البيع او القبض مسقط للرد والارش واما عنده ففيه روايتان في رواية كقولهما
فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده او نفسه قال المصنف شمس الائمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقته او اباحة دمه وقت البيع والقبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق
من وجه والعيب من وجه فاشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم به ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملا بالشبهين وفي نظر فيه بعضهم لان
هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه اجري مجرى الاستحقاق لا يخرجه عن كونه **قوله ومن باع عبدا الخ** ليس العبد بقيد فان البيع بشرط البراءة
من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له او غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض ايضا
خلافا لمحمد في الحادث واجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث بعد القبض في البراءة وللشافعي قول كقولنا وقول انه
لا يبرأ من عيب اصلا وثالثها وهو الاصح ويروى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي ان ابن عمر رضي الله عنه باع عبدا من زيد بن
ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فاراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر اتحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده
عليه والفرق ان كتمان المعلوم تلبيس بخلاف غير المعلوم واما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافه مطلقا وهو احد اقواله قال وهو بناء على
مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا تصح فنصب بخلاف في المبني فقال هو يقول في الابراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد حتى لو ابرأ من له الدين
مديونه فرده المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر
لانه لا يدري ان المبيع على اي صفة هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا ان الابراء اسقاط حتى
يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بان طلق نسوته او عتق عبيده ولا يدري كم هم ولا اعيانهم كان ورث عبيدا في غير بلده او زوجه وليه صغيرا فبلغ وهي
في غير بلده ولذا لا يصح تمليك الاعيان بلفظ الابراء ويصح الابراء بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا يبطله جهالة الساقط لان
جهالته لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك فاظهرنا اثره في صحة رده وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضي وهو تصرف العاقل البالغ
باسقاط حقوقه بخلاف التمليك فان جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا يترتب فائدة التصرف عليه اما الاسقاط فان الساقط يتلاشى فلا يحتاج الى تسليم
فظهر ان المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين ما يسلمه
للتفاوت واما عدم الصحة في قول ابرأت احدكما فلجهالة من له الحق كما لا يصح قوله لرجل على الف وصح لفلان على شيء ويلزم بالتعيين على ان من المشايخ من
اجازه والزمه بالتعيين كطلاق احدى زوجتيه ووجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لانه الله تبارك وتعالى وكذا لو اتفقا
على ابطاله لم يبطل ويدل على ما قلنا حديث علي بن ابي طالب رضي الله عنه حين بعثه صلى الله عليه وسلم ليصالح بين بني خزيمة وذلك انه صلى الله عليه وسلم بعث اولا
خالد بن الوليد رضي الله عنه فقتل منهم قتلا بعد ما اعتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم الى علي مالا فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون
ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروي ان
رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فقال صلى الله عليه وسلم استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه
اجماع على المسلمين لان من حضره الموت في كافة الاعصار استحل من معاملية من غير نكير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والغرور والله اعلم بهام خلاف الثابت

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله
لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رحمه الله ان الغرض إلزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

الثابت ومنه ولد الغرر للغرور بجارية امرأة الغير تزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبهه على ايهام العيوب وبنائه في يده بها فلم يغره وقوله شرطا
ينفي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكيف السلامة مقتضاه ان اريد العقد المطلق سلمناه اما المقيد بشرط البراءة من العيوب
ان كانت عناه والا لزم ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجوازه اتفاق وقوله ويدخل في هذه البراءة يعني البراءة المذكورة
في الكتاب فان الاشارة اليها وهي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرأ عن العيب الحادث
بالاجماع والمراد بقوله في قول ابي يوسف ظاهر الرواية عنه وهو قول ابي حنيفة وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر والحسن بن زياد والشافعي
ومالك ورواية عن ابي يوسف لان البراءة تتناول الثابت فتنصرف الى الموجود عند العقد فقط ولابي يوسف ان الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم ان
الغرض من هذا الشرط الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال وذلك بالبراءة عن كل عيب
يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم دخوله واورد انه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث
لم يصح بالاجماع فكيف يصح عن ابي يوسف ادخال الحادث بالتخصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله اجيب بمنع انه اجماع بل في الذخيرة اذا باع بشرط
البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن ابي يوسف فيما اذا نص على البراءة
من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل
تبعا للتقرير عرضها وكم من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب انه حادث بعد العقد او كان عنده لا اثر لهذا عند ابي يوسف وعند
محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ لعيب حدث باطل فاذا
ادعى بطلانه فيزيل به ظاهرا لا يصدق الا بحجة وعند زفر القول للمشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما اسقط قوله **فروع** جمعها في الدراية
شرط البراءة من كل عيب به او من ضرب من العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشتري
عيب او موت فاطلع على عيب آخر كشجة اخرى فاراد ان يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر ابو يوسف نفع حصول البراءة للبائع
بجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرده اليه وجعله محمد للمشتري فيرد بايهما شاء ولا يخفى ان هذا اذا لم يعين الشجة المبرأ منها عند البيع بل ابرأه من
شجة به او عيب ولو ابرأه من كل غائلة فهي السرقة والاباق والفجور وكذا روي عن ابي يوسف ولو ابرأه عن كل داء فعن ابي حنيفة الداء ما في الباطن
في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال ابو يوسف يتناول الكل وتقدم اول الباب ذلك في جميع التفاريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع
مع نصف الكف عيب واحد فلو قبل في الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء او من كل قرح فظهر
القروح الدامية وفي المجتبى ابرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب بها ولو قال انا بريء من كل عيب الا الاباق برئ من
اباقه ولو قال الا الاباق فله الرد بالاباق ولو قال انت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري ليس به
عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بآبق صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يدفع او يحط دينارا جاز
ولو دفعه المشتري ليرد لم يجز لانه ربا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بدل او حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد ولو صالحه
بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتريت ملك العيوب لم يجز وحذف الحروف او نقصها او النقط او الاعراب في المصحف

باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا إذا كان غير مملوك كالحر قال العبد الضعيف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع

عيب ولو وجده معيبا فاصطلحا على أن يحط عن ثمنه وفيها أيضا الأجنبي بإدار الحط رضي أو أجنبي فإنه جائز وبأن حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فإذا هو متخرق وقال المشتري لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهما قيل هذا غلط وتأويله أن يضمن للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك إلى البائع وفي المجتبى أدخل المشتري القدوم في البلد وأحد المشتري أو حلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصراة أو غيرها وفي المصراة يرد وقيمة اللبن عند الشافعي وأبي ومحمد وقد ورد رواية عن أبي يوسف والمصراة شاة ونحوها شد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري أنها كثيرة اللبن فإذا حلبها ليس له ردها عندنا ويرجع بالنقصان في هداية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو تغيرت هذه للفتوى لكن إن حسنا لو ورد المشتري التغرير ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الأرض أو جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالأرش عند محمد وعند أبي يوسف يرجع بالأرش ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجد بها عيبا يردها في الحال لأنه إن جمع غلاتها فهو رضا وإن تركها يزداد العيب فيمتنع الرد

باب البيع الفاسد البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة أنواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة باطل وهو بيع ما ليس بمال كالحر والمدبر والمعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق والموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين وبيع غير الرشيد ويتوقف على إجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على إجازة المرتهن والمستأجر والمزارع فلو تناقضا الإجارة أو ورد الدين أو أبرأه لزمه أن يسلمه للمشتري وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على إجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلا حتى لو تقايضا لا ينعقد وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع برقمه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبيع قبل بما يبيع الناس وبيع مال الملك المغصوب ذكره محمد أن أقر الغاصب وجحد والمغصوب منه بينة ثم البيع وبيع مال الغير وتتمة ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب ذكر أنه إذا رجع المرهون والمستأجر إلى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره تم البيع وكذا إن أجاز المستأجر والمرتهن فإن لم يجز طلب المشتري من الحاكم فسخ العقد يفسخه وللمشتري الخيار إذا لم يعلم الرهن والإجارة وقت البيع وكذا إن علم عند محمد وعند أبي يوسف إن علم ليس له حق الفسخ فقيل ظاهر الرواية قول محمد وقيل قول أبي يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا خلاف وفي المرتهن خلاف المشايخ وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الأصح وقيل لا لأنه أخلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف أنه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان وتقدم أن المزارعة كالإجارة سواء كان البذر منه أو لا فإن أجاز فلا أجر له وفي النوازل فلو أجازه المزارع فكذا التعيين للمشتري وكذا في الكرم وإن كانت الأرض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه أخذ المرغيناني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح على الفاسد أنه الموصل إلى تمام المقصود فإن المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود ولتندفع التغالب والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة إذ الفاسد يعقد مخالف للدين ثم إن أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه إذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن إذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد يستعمل في الأعم من الفاسد فالباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لأن الفاسد غير المشروع بوصفه

أي المحجورين أي موقوف على إجازة الولي والأب والقاضي

واما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله لا عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه في تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة

بل باصله والباطل غير المشروع لا باصله ولا بوصفه فهو مباين للفاسد وغاية ما يثبت ان غير المشروع لواحد منهما ولا شك ان يصدق على غير المشروع لواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي انه يقال حقيقة على الباطل لكنه الذي يقتضيه كلام الفقه والاصول انه مباين فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيده اصلا فخالفوه به واعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما وايضا فانه ماخوذ في مفهومه اولازم انه مشروع باصله لا وصفه وفي الباطل غير مشروع باصله فبينهما تباين فان المشروع باصله وغير المشروع باصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا ان يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص المشروع باصله لا بوصفه في العرف لكن يجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا وجه بعضهم الاعمية بانه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا انتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر في اللغة ولذا ادخل بعضهم الباقي في البيع الفاسد لتناوله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفساد بالمعنى الذي يعم الباطل يثبت باسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع او الثمن فخرج نحو جهالة كمية قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم ومنها عدم ملك المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا في السلم او مع الملك لكن قبل قبضه ومنها العجز عن التسليم او التسلم الا بضرر كجذع من سقف والغرر كضربة القانص والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفقتان في صفقة كبيعه كذا على ان يبيعه كذا او الاتباع مقصود كحبل الحبلة تدخل في عدم الملك واما الاوصاف كالية شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضرر اذ لا يمكن شرعا الا بذبحها او في قطعها حية عجز عن التسليم لانها تصير ميتة فيبطل بيعها وكون المبيع من البائع بما هو من جنس ثمن المتاع به وهو اقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقفيز حنطة او شعير مستدرك به تحول في جهالة الثمن **قوله** اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان احدهما غير مملوك كالحر هذا لفظ القدوري وقد ذكرنا ان لفظ فاسد يراد به ما هو اعم من الباطل لان احد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن اما حقيقة او تغليبا كما قيل بناء على ان العوض خاص بالمبيع لانه يراد به المعوض ولا شك ان المبيع اذا كان محرما فان كان مالا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما كالميتة فهو باطل فلذا قال المصنف هذه فصول جمعها اي في حكم واحد وهو الفساد والواقع ان فيها تفصيلا يعني ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا ما يبين لك ان المعروف في عرف فقهائنا التباين بين الفاسد والباطل فان الاعم لا ينفي عن الاخص قال فنقول البيع بالميتة والدم باطل لا فاسد باتفاق علماء الامصار وكذا بالحر بان يجعل الميتة او الحر ثمنا للثوب مثلا وذلك لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد يعني ممن له دين سماوي فلذا كان البيع بالحر باطلا وان كان مالا عند بعض الناس واما البيع بالخمر والخنزير ففاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه اي كلا من الخمر والخنزير مال عند البعض وهم اهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال مال عند اهل الذمة لحلها عندهم وهذا من المصنف يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية في شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الاديان فاسدا وبما ليس بمال في دين سماوي باطلا وهذا اسهل وانما الاشكال في جعل حكمه الملك قلنا فيه نظر نذكره ان شاء الله تعالى ثم قال اما بيع الخمر والخنزير يعني اذا جعلا مبيعا فان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بالعين كبيع المقايضة ففاسد والفرق ان الخمر مال في الجملة في شرع ثم امرنا شرعا في شرع نسخ الاول في تملكه بالعقد مقصودا اعزازه

قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق

حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله ثمنا واذا بطل لكون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والدم مبيعا اولى ومقتضى هذا ان
يبطل في المقايضة بطريق اولى لان كلا منهما مبيع لكن لما كان كل منهما ثمنا ايضا كما ان كلا منهما مبيع صح اعتبار الثمنية والمبيعية في كل منهما فاعتبر الخمر ثمنا و
الثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن ترجح هذا اي الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار
الاعزاز للثوب فلا يبقى ذكر الخمر معتبرا الا لاعزاز الثوب لا الثوب للخمر ووجبت قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين ان يدخل الباء على الثوب ثم
في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة رجل اعطى
بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره معنى اعطى بي اعطى بيمينه بالله ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى
الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر الى ان قال وبائعها وفي الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فاكلوا اثمانها وحديث
ان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم ثمنه واما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف انفها اما المنخنقة والموقوذة
فهي وان كانت في حكم الميتة شرعا فانا نحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكره الصدر في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي
جامع الكرخي يجوز بينهم عند ابي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد ان احكامهم كاحكامنا شرعا الا العبد اشبه بعد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير
فيبقى ما سوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن ابي حنيفة ان بيع الاشربة المحرمة يجوز الا الخمر ومنعا جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان
على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المنخنقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهي مال
عند اهل الذمة فيجب ان البيع فاسد فكانت كالخمر ثم الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه اي في البيع الباطل يكون
امانة عند بعض المشايخ وهو ابو نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان العقد غير معتبر فبقي مجرد القبض باذن المالك وذلك لا
يوجب الضمان وعند البعض كشمس الائمة السرخسي وغيره يكون مضمونا بالمثل او القيمة وهو قول الائمة الثلاثة لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض
على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كالخلاف الكائن بينهم في ام الولد والمدبر اذا بيعا فماتا عند المشتري لا يضمنهما عند
ابي حنيفة وعندهما يضمنهما والمقبوض على سوم الشراء هو الماخوذ ليشتري مع تسمية الثمن بلا ابرام بيع كان يقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته
بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العقد فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك اولى ولمن ينصر المروي عنه من
عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء انما هو عند صحة كون المسمى ثمنا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة و
سلمناه وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعناه فيجب تفصيل وهو انه ان كان البطلان لعدم مالية الثمن اصلا نعم
وان كان لعدم المبيع كما لو باعه على انه ياقوت فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض
به اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان مثليا او القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير
اذنه على الصحيح وفي غير مجلس العقد تفصيل يذكره سياتي تمام هذه المسائل في احكام البيع الفاسد وكذا الخلاف في ان المملوك التصرف او العين ووجه
لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله وما فيه اي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد خلاف الشافعي وكذا مالك واحمد باعتبار
ان الفاسد هو عندهم الباطل وسيعينه المصنف في فصل احكام البيع الفاسد اي يبين الوجه من الجانبين قوله وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب

قال وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما انما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضمه اليهما كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا

فاسد وهذا لفظ القدوري قال المصنف معناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهما بجهة لازمة على المولى لقوله صلى الله عليه وسلم في ام الولد اعتقها ولدها واقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وتصحيحا للتدبير شرعا والصحيح لوجوب نفاذ التدبير سبب للعتق في الحال لانعدام اهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا للعتق في الحال والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى حتى لا يملك فسخ الكتابة فلو ثبت الملك للمشتري بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وحديث اعتقها ولدها تقدم في حديث الاستيلاد واذا كان اقل ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد فيه بالاجماع ولو رضي المكاتب فبيعه ودفعها والاظهر جواز بيعه وتنفسخ الكتابة في ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضي باسقاطه والمراد بالمدبر المدبر المطلق وتقدم خلاف الشافعي رح في جواز بيعه في كتاب العتاق اما المقيد فيجوز بيعه اتفاقا واستشكل حكم المصنف بان بيع المدبر واخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع مدبر او ام ولد او مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن ويلزم مشتريها حصته من الثمن المسمى واجيب بان المراد من قوله باطل انه لا يملك بالقبض كما لا يملك الحر فكان ينبغي ان يقول فاسد ظن انهم يملكون واما ملك القن المضموم اليهم فلدخولهم في البيع لصلاحيتهم لذلك لدليل جواز بيع المدبر من نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح في اصح الروايتين وهذا الجواب ربما يوهم انه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق انه لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز ان يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصيته فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه اذا كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تاويله بالباطل قلنا نحن لم نقل حكم الباطل لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه وتجدد اللازم على تقدير تاويل الفاسد بالباطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر انه اتفق ان بعض ما هو مبيع بيعا باطلا يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر واما السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم معه فعدم الاستلزام ظاهر **قوله** وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما للبائع وقولهما هو رواية عنه وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر اما ام الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري لان الغاصب قيمتها لانه لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بالضمان بضمن الصبي الحر اذا غصب معناه انه اذا نقلها الى ارض مسبعة او كثيرة الحيات فماتت بنهش حية او افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه اما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتها هذه لهما في ضمان المدبر وام الولد انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه بالقبض كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء وهذا اي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما مما يصح تملكه وتمليكه فاذا قبض بعد وقوع العقد عليه وهو فيما يصح من بياعاته في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه لانه حر يدا فلا يتضمن قبضه على احدى الروايتين اعني التي يبطل بيعه ان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وقد يحمل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وباصرفناه

قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها باسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

احسن ان شاء الله قوله المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليلا لما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل بالملزوم اذ لا يصلح له وهو صالح بل التعليل بالمساوي ليس الا عليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع بيان انه يدخل تحت البيع وما ذكره تقييدا فيقال وقوله هذا تفسير المقبوض بجهة البيع بانه المقبوض للمشتري بعد القبض ان واقعه فلو صح لزم ان يضمنا لانهما لم يقبضا للمشترى بعد القبض ان وافقا لم يقبضا بعد الموافقة وتمام البيع بزعمهما فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق ان المقبوض اعم من ذلك وهو ما صدقات المقبوض بجهة البيع والمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والحاصل ان الاصل عين الشيء فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق به ان جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته اى حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل بملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك يتصور هنا مع اعتبار جهته فبقي مجرد قبض باذن المالك فلو وجبنا كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار وكان بمجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخولهما في البيع ليس ليثبت حكمه فيما ضما اليه فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتهما من قريب فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ويدخل اذا ضم اليه بل نفسه فاجعله صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح اصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وام الولد والمدبر فاعلم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه يفتى وتقدم كل ذلك في العتاق قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء بيع السمك في البحر او النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما ان كان اعدها لذلك اولا فان كان اعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لاحد ان ياخذه ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمك في حب ماء وان كان لا يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن اعدها لذلك لا يملك ما دخلها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا ان سد الحظيرة اذا دخل فحينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعدها لذلك ولكنه اخذه ثم ارسله في الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم وان كان يحتاج الى حيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس مقدور التسليم وقال ابو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الآجام اقوام فكان العلاء بن عبد الرحمن في قول من كره حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحارث العكلي عن عمر بن الخطاب قال لا تبايعوا السمك في الماء فانه غرر واخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم ان الآجام قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك فيدخل في النهي عن بيع الخطر فروع من مسائل التتمة حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد فهو له وليس لاحد اخذه وان لم يتخذها له فهو لمن اخذه ولو نصب شبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها للتجفيف فتعلق بها لا يملكه وهو لمن ياخذه الا ان ياتي فيحوزه ونظيره اذا هيأ حجرة ليقع فيها النثار فما يقع فيه ولو وقع في حجره ولم يكن هياه لذلك فلواحد ان يسبق فياخذه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيا مكانا لنثر السكر فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال ارض مسكة يرمون في ساحته رجل الرماد والتراب والسرقين فهو لمن سبق سواء كان مهيأ له او لا الا النحل اذا عسل في ارض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيدا بل قائم بارضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد ملكه الآخذ الا اذا

(١٥) ولا بيع الطير في الهواء لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل
ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولأن فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولأنه ينازع في كيفية الحلب
وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم
لأنها تزيد من أعلى وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح أنه عليه السلام نهى
عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه

بإعداد المكان لذلك قوله ولا بيع الطير في الهواء لأنه قبل أخذه غير مملوك وبعد أخذه وإرساله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير ثمنا لأن العين المجعولة ثمنا مبيع في حق صاحبه وذكر التمرتاشي لو باع طيرا له يذهب ويجيء كالحمام فالظاهر أنه لا يجوز وفي فتاوى قاضي خان إن باع طيرا له طيران كان داجنا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه وإلا فلا وقول الصيرفي فيما في الحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم يوافقه قوله ولا بيع الحمل وهو اسم ما في البطن من الجنين ولا النتاج لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها وفي الموطأ عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وإنما نهي عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وإنما بطل هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو تموت قبل ذلك وأما بالأعذار الذي ذكره المصنف من بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح ما في الأرحام جمع ملقوح والمضامين ما في الأصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون من تضمنت الناقة ولدها به إلا أنهم استعملوه بلا تاء يقال ضمن الشيء أي تضمنه قوله ولا اللبن يجوز الجر عطفا على المضاف إليه وتقدير المضاف والرفع على إقامته مقام المضاف للغرر فلعله انتفاخ وبه قال الشافعي وأحمد وأجازه مالك أياما معلومة إذا عرف قدر حلابها ويكون تسليمه بالتخلية كبيع الثمر على رؤوس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر ولأنه يتنازع في كيفية الحلب في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وقد وضعت الأسباب إلا لقطعه فلا يجعل لذلك ولأنه ربما يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يتعذر التخليص قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان لأنه يقوم به ولأنه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع ولأنه ينبت من أسفل ساعة فساعة فيختلط المبيع بغيره بحيث يتعذر التمييز بخلاف القوائم أي قوائم الخلاف لأنها تزيد من أعلاها وتعرف ذلك بأن توضع في مكان من القائمة علامة فإنها بعد ذلك تصير أسفل من منتهى رأس القائمة وبتقدير غير ما يزيد من أسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الإمام الفضلي الصحيح عندي أن بيع قوائم الخلاف لا يجوز لأنه وإن كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم من منع لأنه لا بد في القطع من حفر الأرض ومنهم من أجازه بالتعامل بخلاف القصيل لأنه يقلع فلا تنازع في بيعه قائما في الأرض قوله وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم نهى الخ وذلك أن الطبراني قال حدثنا عثمان بن عمر الضبي قال حدثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ولم يذكر ابن عباس في هذا السند بحجة وقول البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فإنه إن كان كما قال مرسل فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلافه قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن أئمة الشأن كأبي داود وابن معين وابن حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن أبي شيبة وروي مرة موقوفا على ابن عباس في مراسيل أبي داود وكذا رواه الشافعي قال أخبرنا سعيد بن سالم عن [illegible] عن سليمان بن يسار عن ابن عباس أنه كان ينهى عن بيع اللبن في ضروع الغنم والصوف

قال: وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا ولجهالته ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود قال: وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال: وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بخرصه تمرا مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدأ

على ظهورها فعرف بذلك ان كل ما يتبع في خلقته لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية وشحمها واليتها واكارعها وجلودها ودقيق في هذه الحنطة او حنطة في هذا اللبن ونحو ذلك من الاشياء التي في خلقتها لا يمكن قطعها لا يمكن اخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والحبوب في قشرها استثنى من ذلك بما سلفنا والذهب والفضة في ترابها بخلاف جنسها والله الموفق قوله وجذع من سقف اي لا يجوز بيع جذع من سقف وذراع من ثوب اي ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص اما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في آجر من حائط وذراع من كرباس وديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس او محمول على كرباس يتعيب الا ان تعيب فيجوز كما لا يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف او نصف زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك واورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه اجيب بانه التزم العقد دون ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول فخر الاسلام ان رضي فله ان يرجع فيبطل البيع الا ان يقطعه او يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع يمكنه مع اللزوم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر واما ايراد المحاباة فدفع بانه ليس فيها استهلاك مال نعم يرد بيع الخشاب التي لا تخرج الا بقلع الابواب على قول من اجاز والبعض قد منعه واجيب بان المتعيب الجدران دون الخشاب وهذا يفيد ان المنظور اليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد انه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من جمع حاكم يتبع هذا وما يلحق هذا به هو المعول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن افاد ان المنع اذا كان لا يسلم المبيع الا بعيب فيه ضرر لغير المبيع فان اللبن مدخله ضرر تسليم الثمن والظاهر من هنا ثبوت الا على عدم جواز بيع اطراف الحيوان كيف شاء كاليتها ورجلها وهو معلل بما لزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع من غير بيع الخشاب التي يحتاج في تسليمها الى هدم اكتاف الابواب على من يصحح بيعها قوله ولو لم يكن معينا يعني الجذع والذراع لا يجوز لما ذكرنا من لزوم الضرر وللجهالة ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتبعيض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة ولو قطع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ وكسرها وسلم البذر والنوى قبل الفسخ لا يعود صحيحا لان الفساد للغرر اي في وجودها احتمال وكان كبيع ما ليس فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لان الفرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بلا ضرر وصحيحا بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول فانه وقع باطلا وهو معنى المعدوم شرعا فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من ايراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع عن ايراد العقد الصحيح وايجاده ليس وجود البيع الصحيح ونوقض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة او كرشها وسواد بطنها فذبحها واعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزا مع انه تحمل الضرر بالذبح اجيب بان المنع هناك لعلة اخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهي كونه متصلا اتصال خلقة والتسليم منعه وهو النهي عن الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لا اثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا زال المانع بالذبح والفصل قال قبل فيه وله بعد الفصل النهي منه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا قلنا وكذا الجذع في السقف سواء قوله وضربة القانص بالرفع والجر على قياس ما تقدمه وهو الصائد يقول بعتك ما يخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا وقيل القنص والقانص الغائص قال في ... نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلي فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع في المبيع فيما يتعلق قبل العقد وكان غررا لجهالة ما يخرج قوله وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم

قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة
يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني
بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

عن بيع المزابنة في الصحيحين من حديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر ان المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا واخرج البخاري عن انس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والمزابنة وقول المصنف بمثل كيله خرصا الخرص الحزر وكذا العنب بالزبيب لا يجوز ومعنى النهي انه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما كما لو كانا موضوعين على الارض وقال الشافعي رح تجوز المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا فيما دون خمسة اوسق لما في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض انه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين ايضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عم في بيع العرايا ان تباع بخرصها وفي لفظ رخص في العرية ان يأخذ بمثل خرصها تمرا ياكلها رطبا ووافق الشافعي واحمد في ذلك الا انه لم يبحها الا لضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها اهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحتها ولكنهم تنازعوا في تاويلها فقال قوم العرايا ان يكون له النخلة او النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان اهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا باهليهم الى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة او النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير ان يعطيه خرص ما له من ذلك تمرا لينصرف هو واهله عنه وروي هذا عن مالك قال الطحاوي وكان ابو حنيفة يقول فيها سمعت احمد بن ابي عمران يذكر انه سمع من محمد بن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال معنى ذلك عندنا ان يعري الرجل الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له ان يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا قال الطحاوي وهذا التاويل اشبه واولى مما قال مالك لان العرية انما هي العطية الا ترى الى الذي مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح اي انهم كانوا يعرون في السنين الجوائح اي يهبون ولو كانت كما قال مالك لم يكونوا ممدوحين بها اذ كانوا يعطون كما يعطون الحق وقول مالك قول ابي حنيفة كذا حكاه عنه محققوا مذهبه واستدل عليه بان العرية مشهورة بين اهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العرية معناها النخلة ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص ما دون خمسة اوسق لانهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة ان يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه وكون اخلاف الوعد الذي ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا ابنتي من فلان فانه كان سبق اليه مني شبه الوعد فلا القى الله بثلث النفاق عليه تلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلث ان حدث كذب وان وعد اخلف وان ائتمن خان واما ما ذكر من تاويل العرية الامام موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب ياتي ولا نقد بايديهم يتباعون به رطبا ياكلون وعندهم فضول من التمر فرخص لهم ان يتباعوا العرية بخرصها من التمر ياكلونه رطبا وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعي مخرج الحديث ولم اجد له سندا بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي رح ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة الى قوله وقد نهى النبي صلى عليه وسلم الخ في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم اما الملامسة فانه يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تامل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الروية وهذا بان يكون مثلا في ظلمة ويكون مطويا تريا فيتفقان على انه اذا لمسه فقد باعه منه وفساده لتعليق التمليك على انه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة ان ينبذ

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى

كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية وكذا القاء الحجر ان يلقي سلعة ومنه الثوب فاي ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل ورؤية ولا خيار بعد ذلك ولا بد ان يسبق تراوضهما على الثمن ولا فرق بين البيع معيبا فانه تراوضا فالقاه اليه البائع لزم المشتري فليس له ان يقبل او غير معين كما ذكرناه ومعنى النهي كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه في معنى اذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك او بعتنيه بكذا واذا نبذته اولمسته والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وساومها المشتري يعني استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم اخيه اي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال ما يراوضه اخيه فيه لانه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهيه عن السوم ثبت الزاما فانه اذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يكون على هذا الوجه وهو ان يقول بعتك واحدا منهما على انك بالخيار تأخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكره بفروعها في خيار الشرط قوله و لا يجوز بيع المراعي ثم فسرها بالكلأ وفعالهم ان يراد مكان الراعي فانه جائز ولا اجارتها اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه اشتراك اباحة لا ملك ولانه لا يحصل به للمشتري فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ يتملكه بدونه بالحديث الذي رواه ابو داؤد في سننه في البيوع عن جرير بن عثمان عن ابي خداش عن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضه قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم ثلثا اسمعه يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار ورواه احمد في مسنده وابن ابي شيبة واسنده ابن عدي في الكامل عن احمد وابن معين انهما قالا في جرير ثقة وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعني اذا اوقد رجل نارا فلكل ان يصطلي بها اما اذا اراد ان يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة و في الكلأ ان له احتشاشه وان كان في ارض مملوكة غير ان لصاحب الارض ان يمنع من الدخول في ارضه واذا منع فلغيره ان يقول ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني اليه او تحشه او تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل اما ان يأذن للمالك في دخوله ليأخذه واما ان يخرجه اليه اما اذا احرز الماء بالاستقاء في آنية والكلأ بقطعه جاز بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر ان هذا اذا نبت بنفسه فاما لو كان سقى الارض واعدها للانبات فنبت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف ابي حنيفة وزفر نبت الكلأ بانبات جاز بيعه وكذا لو حدق حول ارضه وهيأها للانبات حتى نبت القصب صار ملكا له ولا يجوز بيع كماة في ارضه قبل ان يقلعها ولا الماء وقال القدوري لا يجوز بيع الكلأ في ارضه ولمنعه مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة والاكثر على الاول الا ان على هذا القائل ان يقول ينبغي ان حافر البئر يملك ماءها ويكون بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء الى ارضه لينبت فله بيع المستقى فان لم يكن في ارض مملوكة ثم الكلأ ذكر الحلواني عن محمد انه ما ليس له ساق وما له ساق ليس كلأ وكان الفضلي يقول هو ايضا كلأ وفي المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب ويابس وهو واحد الاكلاء واما الاجارة فلانها لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الا ملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن في استيجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا اما الابتداء فلا وكذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة فهذا اولى لانها على استهلاك عين غير مملوكة وقيل الاجارة فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل ليس للآدمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يعتبر بتلفه والحياة في

قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز إذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من الهوام وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رحمه الله يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كما في دود القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهي بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لأنه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع هكذا يروى عن محمد رحمه الله

ليضرب فيها قسطاطه وليعبئ خطيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودها **قوله** ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز إذا كان محرزا وهو قول الشافعي لأنه منتفع به حقيقة وشرعا مقدور التسليم إذا كان محرزا فيجوز بيعه وإذا كان لا يؤكل كالبغل والحمار يجوز بيعهما وإن لم يؤكل للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا لأنه هو في نفسه من الهوام لأنه غير منتفع به وإنما الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه بخلاف الجحش لأنه ينتفع به في ثاني الحال فقبل الحدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير إن وجدها عيبا لم يردها إشارة إلى أن النحل لا قيمة لها حتى لو باعه تبعا لكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكره الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري إنه حكي عن أبي الحسن الكرخي أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول إنما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع وأتباعه والنحل ليس من حقوق العسل لأنه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل إذا سوي من طين وفي التهذيب كوارة النحل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير تشديد وقيده الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم **قوله** ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من الهوام وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا له وأجاز بيع بزر القز الذي يكون منه الدود وعند محمد يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به وأجاز السلم فيه كيلا إذا كان وقته وجعل منتهى الأجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسألة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه ح والوجه قول محمد للعادة والضرورة وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم لا يخفى أن محمدا ناسب أصله في مسألة بيع النحل في القول بجوازه وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النحل وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي من جوازه إذا بيع تبعا للكوارة ظاهره أنه يجوز باتفاق ح وعلى هذا يجب أن لا يخالف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود القز بل يقولان معا إن كان وحده لا يجوز لأنه من الهوام وإن كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لإفراد أبي حنيفة في هذه وقرآن أبي يوسف معه في تلك ثم لا خلاف على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شيء من البحر إلا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد إذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة أعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البزر لأنه حدث من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الأوراق وأجر مثلها ومثله إذا دفع البقرة إلى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجرة مثله وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف **قوله** والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها أما إذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا إشكال في جواز بيعها وأما إذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة أنها تجيء فكذلك لأن المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدور التسليم وتجويز كونها لا تعود وهو حين عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض فإنه لا يمنع جواز البيع ثم إذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا إذا عرض فوقع عدم العود من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل في بر فإنه يجوز وإن جاز أن لا يعود **قوله** ولا يجوز بيع الآبق إذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الأئمة الأربعة ويجوز عتقه غير أنه إذا أعتقه عن كفارة اشترط العلم بحياته ويجوز هبته لابنه الصغير أو اليتيم في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لأن شرطه

قال: ولا بيع لبن امرأة في قدح، وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر. ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة، وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها. قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض ازالة مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازالة ما لا يخرج من مال الولد بحكم تلك الهبة له نظرا للصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا اجزنا بيعه ممن ذكر انه في يده لثبوت التسليم المقصود من القدرة على التسليم بثبوت التسليم فما كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وانا اقبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز، واذا جاز بيعه الى يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع القبض والبيع ان كان حين قبضه اشهد انه قبضه ليرده على مالكه لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض امانة حتى لو هلك قبل ان يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع فان هلك قبل ان يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب عندنا وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروي عن محمد كما اذا باع خمرا فتخلل قبل التسليم او باع طيرا في الهواء ثم اخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد ان البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية اخرى عن محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآبق ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي البيع وبه اخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه او المشتري من قبوله اجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع وتخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي ان البيع فاسد فالحق ان اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في انه باطل او فاسد فقد علمت ان ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندي كون عدم القدرة على التسليم مفسدا لا مبطلا وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان اخذه ثم ارسله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو اخذه بعد بيعه وسلمه فطائفة مع الكرخي يعود جائزا والبلخيون لا يعود جائزا ايضا و ان من قال بالجواز قائل بانه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا مملوكا مقدور التسليم ان عني محلية البيع الصحيح فنعم والا فلا بل محل البيع المال المملوك للبائع او غيره فان كان له نفذ او لغيره فموقوف والنافذ اما صحيح ان كان مبيعه مقدور التسليم وليس فيه شرط فاسد والا ففاسد ثم حديث النهي عن بيع الآبق فروى اسحق بن راهويه اخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال ثنا جعفر بن الحارث ابو الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن بيع العبد وهو آبق ورواه ابن ماجه بسنده فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن ابي سعيد الخدري يرفعه قال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص وشهر مختلف فيه وقال ابو حاتم ان جهضما مجهول وقيل فيه انقطاع ايضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على ان هذا الضعيف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر قوله ولا بيع لبن امرأة في قدح هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله لا لتعيين القدحية فليس قيدا بل سائر الاواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن ثديه كيلا يظن ان امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره على سائر احواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك واحمد وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم

قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن

في العين الرمدة وبعضهم اجازه اذا عرف ووأه عند البرء وتقول هو جزء الآدمي وهو مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن ابي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا الجواز يتبع المالية ولا مالية للانسان الا ما كان محلا للرق وهو الحي ولا حياة في اللبن ولان العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه فلا بد من اتحاد محلهما وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل اجزاء الآدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك فيضمن بالاتلاف اجيب بمنع ضمان اجزائه مطلقا بل المضمون ما ينتقص من الاصل حتى لو نبتت سن قلعت لا ضمان الا ما تستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيئا تغليظا لامر البضع فجعل المستوفى بالوطء في حكم النفس بخلاف من جز صوف شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه ففي اشاعة بيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمته شهرته شائعة بين الدار فيعلم ان شراءه ليس لمنفعة اخرى كشراء الامة المجوسية بعد اشتهار حرمة وطيها شرعا لكنهم يجيزون شربه للكبير هذا وقد اسند الفقيه ابو الليث الى محمد بسند متصل قال سمعت الفقيه ابا جعفر يقول سمعت الفقيه ابا القاسم احمد بن حم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سهوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم يجز اجارة الظئر الا ترى ان رجلا لو استاجر بقرة على ان يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت ان لبنها ليس بمال وانما المصير الى التعليل بان الآدمي مكرم بجميع اجزائه فلا يبتذل بالبيع وسياتي اتمه **قوله** ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له واورد عليه انه جعل البيع منافيا للبن المراة لانه مانعة من جواز البيع لزوم الاكرام والبيع ينفيه وجعله في مسئلة بيع الخمر والخنزير اعزازا فبطل لزوم الاهانة شرعا والبيع اعزازا وهذا تناقض [illegible] اجيب بانه قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى آخر اكراما مثلا لو امر السلطان بعض سائس الدواب ان يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان [illegible] كان غاية الاهانة له فالخمر والخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا بالبدل المعزز كالدراهم والثياب كان [illegible] عليه وابتذالا به والحاقه بالجمادات اذلال له هذا وتعليل المص بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه [illegible] الحاجة اليه مع امكان وجود مباح الاصل فلا تتأتى تجويز الانتفاع به للغير فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه وهو يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه ابو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل ايضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخرز به بل يمكن ان يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وقد روى ابو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الا ان يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز ان يلزم العموم حرجا مثله ثم قال ابو يوسف انه لو وقع في ماء قليل افسده وعند محمد لا ينجسه لان حل الانتفاع به دليل طهارته والصحيح قول ابي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلوة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم ينبغي ان يتخرج على القول بطهارته في حقهم اما على قول ابي يوسف فلا وهو الاوجه فان الضرورة لم تدعهم الا ان يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجتمع في ثيابهم هذا المقدار **قوله** ولا يجوز بيع شعر الانسان مع قولنا بطهارته ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا ومبتذلا وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم

قال ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب

بما ثبت عنه في الصحيحين لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة. الواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها
بأمرها ورضاها وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير
فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة ولا منع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فلولا لزوم
الإهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النساء أيضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتنمصة أيضا والنامصة هي التي تنتف الحاجب لترقه والمتنمصة
التي يفعل بها ذلك **قوله** ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وتقدم في الصلاة
تخريجه وتقريره ولا خلاف في هذا فإن قيل نجاستها ليس إلا لما جاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس
أجيب بأن التنجس فيها باعتبار أصل الخلقة فما لم يزل فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فإن النجاسة فيه
عارضة فلا تتغير به حكم الثوب بها فيه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه ولا يحتاج إلى الجواب عنه فإنه ما علل المنع إلا بعدم الانتفاع
به وإنما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعلل بها لبطلان بيع أصلا فإن بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهو عدم المالية فإن بيع السرقين
جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع شرعا والحكم بطهارتها كما ثبت شرعا على خلاف ما
في طهارة جلد الميتة بالدباغة وتقدم في الصلاة ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها ووبرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها
فإن هذه الأشياء طاهرة لا يحلها الحياة ولا يحلها الموت وتقدم في الصلاة **قوله** والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد فيكون في حكمه وعند أبي حنيفة
وأبي يوسف هو مثل سائر السباع نجس السؤر واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز
الانتفاع به قيل وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير ومنهم من حكى
إجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره أدركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون
فيها لا يرون به بأسا وقال ابن سيرين وإبراهيم لا بأس بتجارة العاج وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع القرد وروى الحسن عنه أنه يجوز
بيعه وهو المختار لأنه ما ينتفع به في بعض الأشياء **قوله** وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم
يجز لأن المبيع حينئذ ليس إلا حق التعلي وحق التعلي ليس بمال لأن المال عين يمكن إحرازها وإمساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء
والهواء ليس مالا يباع والمبيع لا بد أن يكون أحدهما وقول المصنف والمال هو المحل للبيع تساهل أو تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال بخلاف الشرب
حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات فيما إذا كان الشرب شرب تلك الأرض أما إذا باع أرضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف
المشايخ والصحيح أنه لا يجوز وأما بيعه منفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد نوبته فجوزه مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكاف ومحمد بن سلمة لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم
إليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم بالضرورة والاستصناع للتعامل ولأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن
على ما ذكره في كتاب الشرب فإنه قال فيه ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت
لاختلافهما في مقدار ثمن الأرض لأن الذي زاد الشرب نقص من ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في
الثمن وقيل لو باع أرضا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب وأما ضمانه بالإتلاف وهو أن يسقي أرضه بشرب غيره فقد

قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول
فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما واما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني
ففي حق المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير
حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين
ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان

البزدوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا منع الماء ثم اتلفه ولا يضمن قبل المنع وفي فتاوي الامام ظهير الدين المختلف فيه اذا اتلف فيه
فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف تصريح ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان اشهد به لاخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان
بالاتلاف الا في هذه الصورة لانه لو ضمن فغيرها فاما بالسقي او بمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني
لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما انه حظ من الماء فهو عين او شيء يتعلق بالعين فاورد عليه انه لو كان
عينا فينبغي ان لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء واجيب بانه انما جوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم تقديره انه حظ من الماء
فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشائخ بخارى بيعه مفردا قالوا وتعامل اهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس
بل ذلك تعامل اهل البلاد ليصير اجماعا فالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على عموم منتفية بل ان تحقق فحاجة
بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس **فرع** باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع
قبل القبض **قوله** وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل قال المص المسئلة تحتمل وجهين ان يكون المراد بيع رقبة الطريق والمسيل و
ان يكون المراد بيع حق المرور الذي هو التطرق والتسييل فان كان الاول وهو بيع رقبة الطريق والمسيل اي مع اعتبار حق التسييل فوجه الفرق
بينهما ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز ايضا وهو المراد بالمسئلة ههنا فانه يجعل مقدار
باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة اما المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء ومن هنا عرف ان المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار
الطريق والتسييل اما لو بين حد ما يسيل فيه الماء او باع الارض المسيل من نهر او غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد ان تبين
حدوده وان كان المراد الثاني وهو مجرد حق المرور والتسييل ففي بيع حق المرور مجردا روايتان على رواية الزيادات لا يجوز وبه اخذ الكرخي لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة
يجوز فانه قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل اخر ليس له منعهما من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لا حق له في غير الطريق
فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي الثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب
الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل لحق المرور قسطا
من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشائخ واتفقت الروايات ان بيع حق التسييل لا يجوز فوجه الفرق على احديهما اي وجه الفرق
بين حق المرور وحق التسييل على الرواية المجيزة للبيع حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما التسييل فان كان
على السطح فهو نظير حق التعلي وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات ومن وجه فساده وهو انه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفيه
نظر فان ذلك اذا باع حق التعلي بعد سقوط العلو فانما يكون نظيرا اذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وان كان على الارض وهو ان
يسيل الماء عن ارضه كيلا يفسدها فيمره على ارض لغيره فاعطى حكمها فهو مجهول بجهالة محله الذي ياخذه الماء وبقيت حاجة الى الفرق بين حق
التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما يحتاج الى الفرق بانه علل المنع في حق التعلي بانه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور
كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما بيع الحق لا بيع العين فيقال حق المرور حق يتعلق برقبة الارض وهي مال هو عين فما يتعلق
به يكون له حكم العين اما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال واما فرق المص بان حق التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى

قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففى مختلفى الجنس يتعلق باسمى ويبطل لانعدامه وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفى مسئلتنا الذكر والانثى من بنى آدم جنسان للتفاوت فى الاغراض وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر فى هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذارى والزندنيجى على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما

فاشبه المنافع بخلاف الرهن فليس كذلك لان المبيع كما يرد على ما يبقى من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وان اشبه المنافع ولذا صحح الفقيه ابو الليث رواية الزيادات المانعة من جوازبيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل وحق المرور قوله ومن اشترى الخ اذا اشترى
شيئا هذه الجارية بالف فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وامثالها تبتنى على الاصل الذى تقدم فى المهر اذا اجتمع تسمية واشارة
الى شئ كما ذكرنا من هذه الجارية حيث اشار الى ذات وسماها جارية فان كان المسمى مع المشار اليه جنسين مختلفين كانت العبرة للتسمية لان
التسمية ابلغ فى التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها
من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل باشباهها لتلك الذات وغيرها فاخذت مقام التعريف فيتعلق بالتعريف الخ فيبطل العقد لعدم المبيع الذى هو المسمى كذا ذكره
الله وهو الظاهر من قول محمد فانه غير منها بقوله لا بيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا ان اختلافهما بالصفة فاحش كان
ايضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم الا انه ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه
فاذا عدمه المشترى فيثبت له الخيار وقول المصنف والفرق يبتنى على الاصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد لا يريد ان الاصل مختلف فيه بل هو متفق
عليه وانما ذكر محمد فى خلافيته فى المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فمن الجنسين كل ذكر مع انثى من بنى
آدم وان كانا متحدى الجنس المنطقى وهو الذاتى المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل فقد الحقا بمختلفيهما بخلاف الذكر والانثى من سائر
البهائم غير الآدمى فان البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدورى عن زفر انه جعل الذكر والانثى من بنى آدم كالذكر والانثى من غيرها
فى الحكم بجواز البيع واجيب بالفرق لفحش اختلاف الاغراض منهما فالحقا بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والانثى لخدمة
الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس فى الفقه الا المقول على كثيرين لا يتفاوت
الغرض منها فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشا بلا نظر الى الذاتى وهذا قول المصنف وهو المعتبر فى هذا دون الاصل يعنى المعتبر فى انهما
جنسان او جنس واحد تفاوت الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس او قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الاصل يعنى الذاتى الا ترى انهم
قالوا الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد اصلهما لفحش تفاوت الغرض منهما والوذارى والزندنيجى كذلك كذلك والوذارى بفتح الواو وكسرها واعجام
الذال ثم راء مهملة نسبة الى وذار قرية من قرى سمرقند والزندنيجى بزاء ثم نون ثم دال مهملة ثم نون ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنة بفتح الزاى والنون الاخيرة
والجيم زيدت على خلاف القياس مع اتحاد اصلهما كذا ذكر المصنف عن المشايخ وما ذكر لابى حنيفة فى باب المهر يقتضى انه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا
ومقتضاه ان يعتبر الخل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه ياقوت
احمر فظهر اصفر صح ويخير كما اذا باع عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة اشرف عند الناس من الخبز كان المصنف
لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة خيرا من الصفة التى عينت ولا فى ثبوت الخيار كما اطلق فى المحيط ثبوت الخيار وذهب فخر
الاسلام ظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصحح الاول لفوات غرض المشترى فان الظاهر ان غرضه من تقويمه بما سماه
تعيينها لا بما ليس غرضا له الآن وكان مستند المفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق
بان الغرض وهو استخدام العبد بالمتيقن به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وامورها والتجارة وامورها بخلاف تعيين الخبز والكتابة ونحوه

قال ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة

ان حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف قوله ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن بمثل الثمن او اكثر جاز وان باعها من البائع باقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشتراه عبده او مكاتبه ولو اشترى ولده او والده او زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشتراه اخوه وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة احدهما للآخر ولو اشترى وكيل البائع باقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم ان يوكل ذميا بشراء خمر وبيعها عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما فكان كما لو اشتراه لنفسه فباعه فورثه البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم وعن ابي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل او وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب شبهته وبه تختلف المسببات وبقولنا قال مالك واحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع باقل وكذا لو باعه بعرض قيمته اقل من الثمن وقال الشافعي يجوز كيف ما كان كما لو باعه من غير البائع باقل من الثمن او منه بمثل الثمن الاول او اكثر او بعرض قيمته اقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي قيسها وتقييده بالعرض دون ان يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته اقل لانه لو باعه بذهب قيمته اقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر وقياسه على العرض بجامع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدراهم ووجه الاستحسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم احدهما الى الآخر في الزكوة فيبطل البيع احتياطا والزم ان اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب ان مقتضى الوجه لكن ولكن في التفاضل عند بيع احدهما بالآخر اجماع ولنا قول عائشة رضي الله عنها القصة المذكورة عن عائشة تفيد ان المراة هي التي باعت زيدا بعد ان اشترته منه وحصل الربح لها لان شريت معناه بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه وهو رواية ابي حنيفة فانه روى في مسنده عن ابي اسحق السبيعي عن امراة ابي السفر ان امراة قالت لعائشة ان زيد بن ارقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتراها مني بستمائة فقالت ابلغيه عني ان الله ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ففي هذا ان زيدا هو الذي باع ثم اشترى وحصل الربح له ولكن رواية غير ابي حنيفة من ائمة الحديث بعكسه روى الامام احمد بن حنبل ثنا محمد بن جعفر ثنا شعبة عن ابي اسحق السبيعي عن امراته انها دخلت على عائشة هي وام ولد زيد بن ارقم فقالت ام ولد زيد لعائشة اني بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة واشتريته بستمائة نقدا فقالت ابلغي زيدا ان قد ابطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان تتوب وبئس ما شريت وبئس ما اشتريت وهذا فيه ان الذي حصل له الربح هي المراة قال ابن عبد الهادي في التنقيح هذا اسناد جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة وقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج بها فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولولا ان عند ام المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان هذا محرم لم تستجز ان تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما لا يدرك بالراي والمراد بالعالية امراة ابي اسحق السبيعي التي ذكر انها دخلت مع ام الولد على عائشة قال ابن الجوزي قالوا العالية امراة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا بل هي امراة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال العالية بنت ايفع بن شراحيل امراة ابي اسحق السبيعي سمعت من عائشة وقولها بئس ما شريت اي بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه وانما ذمت العقد الاول لانه وسيلة وذمت الثاني لانه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال اخبرنا معمر والثوري عن ابي اسحق عن امراته انها دخلت على عائشة في نسوة فسالتها امراة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد بن ارقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت عائشة الى قولها الا ان يتوب وزاد فقالت

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها

المرأة لعائشة رضي الله عنها ارأيت ان اخذت راس مالي ورددت عليه الفضل فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف الآية الى ان قول
عائشة رضي الله عنها وردها بجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عائشة رضي الله عنها كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل من
معنى النهي انه استربح ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا
عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهة من باع وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن
او اكثر فبطل الحاق الشافعي رح بذلك بخلاف ما اذا باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف
الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع باقل لان الملك لم يعد اليه بالصفة التي خرجت فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل
النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب او دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر
في العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين وكذا لو اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عنه مع اختلاف
الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلاف جنس الثمن الاول لظهوره بلا تقويم وقد اورد عليه تجويز كون انكار عائشة رضي الله عنها لوقوع البيع
قبل قبض المبيع او القبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لانها ذمته اكل الربا بقرينة تلاوة آية الربوا وليس فسخ بيع المبيع قبل القبض ربا ولا
ضمنت هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهر في كونها لاستشهادها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة ارأيت ان اخذت راس مالي ورددت عليه الفضل كان ذا
من التوبة قلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوقها في القرآن من الربوا واورد طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الا كان مع امه مفرقا
الفساد فلم اوجبه هنا النهي اجيب بان النهي اذا كان لامر يرجع الى نفس البيع اوجبه فان كان لامر خارج لا والنهي فيما ذكر للتفريق لا لنفس البيع حتى لو فرق
بينهما بغير البيع اثم فيكره البيع في نفسه كالبيع وقت النداء وهنا هو شبهة الربوا وهو مخصوص بالبيع وشبهة الربا حكم حقيقته قوله ومن اشترى جارية
بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى وهذه فرع المسألة التي
هي ان شراء ما باع من المشتري باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز ووجهه انه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى
وهي التي باعها باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها وهي التي ضمت اليها واورد عليه ان علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها
لو كان اصابة حصتها اليها اقل من خمسمائة للزم لو اشتراها باقل مما باعها به لزم ان لا يفسد البيع في التي اشتراها لو باعها بخمسمائة واشتراها بالف وخمسمائة لان عند
تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما اكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكروا انه ايضا فاسد اجيب بان الفساد في هذه لمعنى آخر وهو تمكن شبهات الجواز وليس
في الحمل عليه باولى من البعض فامتنع الحمل بخلاف ما ذكروا واشار اليها حيث تحرى الجواز فيها بتعيين جهة الجواز على ما يجيء في كتاب الصرف وهذا الوجه لزم ان يمتنع ثبوت عيب الموجبات
تمتنع تعدد العلل المتباينة فيما ثبت ذلك ثم لا يشيع الفساد في الجارية التي ما اشتريت قوله لانه اذا كثرت جهات الحل المعارض للمحرم والحق ان بينهما فرقا فان هناك الموجبات متحققة
وهنا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحدا امكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الاول كالاعتبار فان الآخر قبيل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك الحمل المجوز الذي
وتحقق تحقق الاعتبار فليتأمل فيه حين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجه ذكرناه الوجه وهو ان من الممكنات ان يعتبر في مقابلة
الاولى من الالف وخمسمائة اقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اتفقوا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما
سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي حنطة وشعير حيث ابيح وتحري الجواز اعتبارا تصحيحا لتصرف المسلم ولا اشكال فيه على قول على قوله

قال ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لأنه إن اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وإن اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة

مذهب أبي حنيفة أن البيع إذا فسد بعضه فسد كله إذا كان الفساد مقارنا فدفعه المص بوجوه أولها أن الفساد فيما بيننا ولا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرناه من مذهب الشافعي فلم يسر إلى الأخرى كما إذا اشترى عبدين فإذا أحدهما مدبر لا يفسد في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد واستشكل بما لو أسلم ثوبا في ثوب هروي ومروي فإنه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في المروي كما لو أسلم حنطة في شعير وزيت عنده ويبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع أن إفساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فإن إسلام هروي في هروي جائز عند الشافعي ولا مخلص منه إلا بتعيين تعليل تعدي الفساد لقوة الفساد بالإجماع عليه أي على تعليله لأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما وهو شرط قبول العقد في الهروي شرطا لقبوله في المروي وليفسد في المروي بالشرط الفاسد وفي الهروي باتحاد الجنس كذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل هو به في شرح الجامع ثانيها أن الفساد في الأول لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الأول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمومة فلو اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت إلى المشتراة أولا كان اعتبارا لشبهة الشبهة وهذا أحسن من تقرير قاضي خان اعتبار الشبهة بأن الألف وهو الثمن الأول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الأمن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا ألفا بخمسمائة ثالثها أن الفساد في الأول طارئ غير مقارن وله وجهان أحدهما أنهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فساده فإنه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بإزاء ما باع والبعض بإزاء ما لم يبع ثم يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طارئ إلا أن الانقسام بعد وجوب الثمن فلا يتعدى إلى الآخر والآخر بسبب المقاصة فإن المقاصة تقع بين الثمن الأول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الأول فضلا بلا عوض وذلك لأن البائع الأول لما باعها بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فقاص خمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الأول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد حينئذ بأنه هو طارئ فلا يظهر في الأخرى كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم ألحق في ثمن أحدهما أجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه فلا يتعدى إلى الآخر فكذا ما نحن فيه وأورد ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لمعنى آخر وهو أنه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أولا شرطا لقبوله في الآخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا ألا ترى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الأول أو خلاف جنسه كان صحيحا وإنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه أولا ولا يتعدى إلى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشتراه البائع مع رجل آخر جاز من الأجنبي في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها منه بأقل إن كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بالأقل وإن لم تنقصها لا يجوز لأنه يحصل له ربح لا على ضمانه قوله ومن اشترى زيتا في ظرف صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وإن كان قال على أن تطرح عني وزن الظرف فهو جائز لأنه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يعرف قدر المبيع من غيره ليحضر بالثمن بخلاف قوله على أن تزنه وتطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خمسين فإن البيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين فإن زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك الثمن عن بعض المبيع وهو نفع للمشتري وقد يكون أكثر منها فيكون البيع بشرط إعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها فرع عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بزقه فبلغ مائة فجاء بالزق وفيه السمن إلى المشتري فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه عشرة أرطال وقال البائع كان السمن خمسة وتسعين رطلا والزق غير هذا ووزنه خمسة أرطال فالقول قول المشتري مع يمينه إلا أن يقيم البائع البينة لأن هذا الاختلاف إن اعتبر خلافا راجعا إلى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض

قال: وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم
وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره
ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولأبي حنيفة رحمه الله أن العاقد
هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمرا يخللها وإن كان خنزيرا يسيبه
قال: ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط
وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط

ضمينا كان لنا حسبا وأمينا كالمودع ولأن البائع يدعي عليه زيادة والمشتري ينكر وإن اعتبر اختلافا في قدر الثمن المقبوض فمرجعه خلاف
في قدر الثمن فالقول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة واستشكل بمسألتين إحداهما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء
بالآخر يرده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما يأتي في باب التحالف والثانية أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا
جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلافا في الثمن أجيب عن الأولى بأنها مع هذه طرد فإن كون القول للمشتري لإنكاره الزيادة
وهناك إنما كان للبائع لإنكاره الزيادة وعن الثانية بأن التحالف على خلاف القياس فيما عند ورود الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه
تبع لاختلافهما في الزق المقبوض هو هذا أو لا فلا يوجب التحالف **قوله** وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما ففعل جاز عند أبي حنيفة حتى يخلل
الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير في الشراء وفيما إذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خمر أو
خنزير وصورته أن يكون ذميا فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزيلهما وارثه مسلم غيرهما فوكل فباعهما عليه أن يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه قال صلى الله عليه وسلم إن الذي حرمهما
حرم بيعهما وأكل ثمنهما وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم إثبات المانع الشرعي من التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالتعرض إلى
إبطاله وإنما فيبقى الجواز على الأصل لهم أن الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك توليه غيره وهذا معنى قول المصنف الموكل لا يليه فلا يوليه غيره لأنه منقول ما تقدم بيوليه كما كان لأنه لما لم يملك تنجيز الحرية
لا يملك توكيل غيره وتنجيزه إياها ولأن ما يثبت للوكيل من الملك ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشر الشراء والبيع بنفسه فلا يجوز ولأبي حنيفة أن الوكيل
في البيع يتصرف بأهلية نفسه لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى موكله وترجع حقوق العقد إليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب فإذا باع الخمر وشراهما
شرعا فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل أهل لأن يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري له فيهما فانتفى المانع الشرعي
والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها أن الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه ومنها أن القاضي لا يملك البيع خمر
أو خنزير خلفه ذمي ورجع أمره إلى القاضي ويملك توكيله به وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بالمحاباة
في شيء إذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا لا يبيع الأم عرض الولد ووصيها يبيعه إذا لم يكن من جهتها فإن قيل إن قلت إن يملك المسلم إياها
شرعا جبرا عن سبب جبري كالموت سلمناه أو عن سبب اختياري منعناه وهنا كذلك إذ التوكيل اختياري والملك يترتب عليه أولا وجوده في الشرع قلنا
الثاني ونمنع أن التوكيل سبب الملك بل الشراء وإنما هو اختياري للوكيل لا للموكل وثبت للموكل سببه بل هو شرط فإنما يثبت باختيار الوكيل وأحيائه من الله
الوكالة حال أسبابها عنها إذ لا يلزمه التسبب إلى أن يقال إذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي البيع أن تسيب الخنزير ويريق الخمر أو يخللها فأي تصرف
غير معقب لما يلزم وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روي عن أبي حنيفة أنه مع الوكالة كره واستدا ما يكون من الكراهة وهي ليست إلا كراهة التحريم فأي فائدة
في الصحة **قوله** ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيع وشرط قال الطبراني في معجمه الأوسط حدثنا عبد الله بن أيوب المقري حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد
قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل
ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله
ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال ما أدري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

ترجمة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه
وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية
عن العوض فيؤدي إلى الربوا أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس ولو كان
لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة
فلا يؤدي إلى الربوا ولا إلى المنازعة إذا ثبت هذا نقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير
لا الإلزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله وإن كان يخالفنا في
العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه

عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال ما أدري ما قالا حدثني
هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أشتري بريرة فأعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت
ابن شبرمة فأخبرته فقال ما أدري ما قالا حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضي الله عنه قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة و
شرط لي حملانها إلى المدينة البيع جائز والشرط جائز ذكره رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه وسكت عليه
وقد ظهر من هذا أن في المسألة ثلاث مذاهب يستدل عليها فلا بد من النظر فيها فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل إلا التخصيص فحمله الشافعي واستثنى
من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرد في حديثها إلا الولاء وذكر الأقطع عنه أنها رواية عن أبي حنيفة
وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقالت إن أحب أهلك أن أعدها
لهم ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جالس فقالت إني
عرضت عليهم ذلك فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء فأخبرت عائشة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق
ففعلت عائشة الحديث فيه دليل على جواز بيع المكاتب إذا رضي بالبيع وفيه إبطال قول من منع بيعه وقال إنما اشترطت عائشة رضي الله عنها الولاء بسبب وقع
في بعض الروايات وهو أن أخبرها أن أقضي عنك كتابتك وذلك لأنه صلى الله عليه وسلم قال إنما الولاء لمن أعتق وقد اشترط لهم الولاء لأنفسهم
والعتق من عائشة رضي الله عنها وبهذا الاختلاف فيه ولو قال قائل إن الشرط إذا كان أمرا لا يحل شرعا فسد أن يشترط أن لا يقع عتقك إذا أعتقته بطل هو دون
البيع فإنه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعله فيتم البيع كأنه لم يذكر وإذا كان خارجا عن طاقة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريرة وأما الحنفية
فإنما لم يخصوه به لأن العام عندهم يعارض الخاص فيطلب معه أسباب الترجيح والمرجح هنا العام وهو نهيه عن بيع وشرط هو كونه مانعا وحديث بريرة
مبيح فيحمل على ما قبل النهي لأن القاعدة الأصولية أن ما فيه الإباحة منسوخ بما فيه النهي وأما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء
حملانه لم يقع في صلب العقد كذا قاله الشافعي ونحن كذا نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فإن قلت كيف قال الشافعي بإفساد البيع
بالشرط مع أن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قبيل المرسل عند كثير من أهل الحديث قلت ذلك إذا لم يصرح فيه بجد أبيه عبد الله
بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ولهذا قال الترمذي
حديث حسن صحيح وروي هذا أيضا من حديث حكيم بن حزام في موطأ مالك بلاغا وأخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهاني
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما ليس عندك وربح ما لم يضمن ومعنى السلف
في البيع البيع بشرط أن يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك مما سيأتي قوله ثم جملة المذهب فيه أي
في الشرط أنه إما أن يقتضيه العقد كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد أو لا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا بما لا مرد
له كشرط الأجل في الثمن والمثمن في السلم وشرط الخيار فكذلك هو صحيح للإجماع على ثبوته شرعا رخصة أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك
لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو جائز أيضا لما سيأتي وكذا إذا لم يكن كذلك ولكن تضمن التوثق بالثمن كالبيع

فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب واذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا

بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة او بان يرهنه به رهنا معلوما بالاشارة او التسمية فهو جائز ايضا على الصحيح خلافا لزفر فان حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا وقبل او غائبا فحضر قبل ان يتفرقا وكفل وشرط الحوالة كالكفالة ولو الرهن مسمى ولا مشارا اليه لا يجوز بالاتفاق ولان وجوب الثمن في ذمة الكفيل ليضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره للعقد بخلاف الرهن لا تشترط حضرته لكن ما لم يسلمه للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على الصحة وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة وان كان الشرط مما لا يقتضيه العقد وليس مما ذكرنا فان فيه منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على ان يطحنها البائع او يتركها في داره شهرا او ثوبا على ان يخيطه فالبيع فاسد وكذا اشترط ان لا يبيع المشتري العبد لانه يعجبه ان لا تتداوله الايدي وكذا على ان لا يخرجه من ملكه وفي الخلاصة اشترى حطبا على ان يبيعه جاره وعلى ان يهبه من فلان لانه يجوز ان له طالبا وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين والمعقود عليه مثله فان باع ساحة على ان يبني بها مسجدا او طعاما على ان يتصدق به فهو فاسد ولو كان المبيع ثوبا او حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكر في المزارعة من ان احد المزارعين اذا شرط على الآخر ان لا يبيع الآخر نصيبه او يهبه مع ان المزارعة جائزة والشرط باطل لانه ليس لاحد العاقدين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرد قال المص وهو الظاهر من المذهب لانه اذا لم يكن من اهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة فلا يؤدي الى الربا وما ابطل الشرط الذي فيه المنفعة للبيع الا لانه يؤدي اليه لانه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو نفس معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على ان يعتقه المشتري او يكاتبه او يدبره والشافعي يجيز البيع بشرط العتق في احد قوليه فيصح ثم ان اعتقه المشتري فذاك والا خير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض اصحابه وفي قول آخرين يجبر قال المص ويقيسه الشافعي على بيع العبد نسمة ثم فسره بان يبيعه ممن يعلم انه يعتقه الا ان يشترط فيه ذلك وعلى تفسير المص هنا يتحقق صورة ما قيس واما على تفسيره بان يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا انه قوله الا ان يشترط فيه يفهم من قوله ان تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعي بذلك فقناه ومع تقوى الاعتراض عليه بانه لا قياس قال فالحجة عليه ما ذكرناه يعني من الحديث والمعنى وانت علمت انه يحتاج الى تخصيص العام بالخاص كيف ما وجد وهو مذهبه ولهذا خصصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة اصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها ومع فليس من التخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع ممن يظن عتقه اصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا اعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم فك الرقبة واعتق النسمة فصيرت كالاسم لما عرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة معنى الفعل قوله فلو اعتقه الخ هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو ان المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند ابي حنيفة يصح البيع حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيحا فتلزمه قيمته واما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه تلف بعد ان ملكه بالقبض في بيع فاسد فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر من موت او قتل او بيع او هبة وقياسا على تدبيره واستيلادها فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو اوفى بالشرط اعتبار الحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق وان كان لا يلائم العقد على ما ذكرناه يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخيير الخ ولكنه من حيث حكمه وهو ثبوت الحرية يلائمه لانه اي العتق منه

قال وكذلك لو باع عبدًا على ان يستخدمه البائع شهرًا او دارًا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عم نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عم عن صفقتين في صفقة

للملك الذي هو اثر البيع والشيء بانتهائه يتقرر وجوده والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحا ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب اذا اطلع عليه بعد ان اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهة المفسد وكذا لو مات لا ينقلب صحيحا لان بموته لا يصير شرط العتق ملائما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شيء آخر كالموت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما وان شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحا اذا دبره المشتري او استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائما لانه تعين امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد بجواز ان يحكم قاض بصحة بيعهما فيتقرر الفساد وان قيل لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي ان يكون العقد صحيحا في الابتداء عند اشتراطه اجيب بانه من حيث هو مخالف لا يقتضيه العقد وانما يلائمه باعتبار حكمه فعلمنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بمقتضى حكمه ولو اشترى امة بشرط ان يطأها المشتري او لا يطأها فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح يجوز في الاول لانه لائم للعقد فانا الملائم له اطلاق الوطي لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول لا لابي يوسف والثاني ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له قوله وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري دراهم او على ان يهدي له هدية او ثوبا على ان يقطعه المشتري قميصا او قباء فهو فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وسلف اي قرض ثم خص شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن بان يعتبر المسمى ثمنا بازاء المبيع وبازاء اجرة الخدمة والسكنى يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن صفقتين في صفقة فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين رواه احمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن ابيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن صفقتين في صفقة اما ثبوته فقد رواه البزار في مسنده عن اسود بن عامر بها واعل بعض طرقه ورجح وقفه والوقف رواه ابو نعيم الحافظ وابو عبيد القاسم بن سلام واما معناه ففسره المص بما سمعت وفسره ابو عبيد القاسم بن سلام بان يقول الرجل للرجل ابيعك هذا نقدا بكذا او نسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى وفي رواية ابن حبان للحديث موقوفا الصفقتين في الصفقة ربا يؤيد تفسير المص مع انه اقرب تبادرا من تفسير ابي عبيد واكثر فائدة فان كون الثمن على تقدير النقد الفا وعلى تقدير النسيئة الفين ليس فيه معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم انه روي عن رسول الله صلى الله عليه والسلام انه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن انه بمعنى الاول وليس كذلك بل هذا اخص منه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي رح بان يقول ابيعك داري هذه بكذا على ان تبيعني غلامك بكذا واذا وجب لي غلامك وجبت لك داري وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي وقال الترمذي حسن صحيح ورواه مالك بلاغا في موطئه وفي فتاوى الولوالجي لو قال بعتك هذه الدار بالف على ان يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي لانه لو لزمه فاما بطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يتقبل على الى ضياس واذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لانه لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم له ما يشترط في البيع على المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف وحكي عن ابي الحسن الكرخي انه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية استبعده ابو بكر الخصاف فرع باع امة بشرط ان يطأها المشتري

لان [illegible]

قال ومن باع عيناً على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً وهذا لان الاجل شرع ترفيهاً فيليق بالديون دون الاعيان قال ومن اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثنائه بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشرط الفاسد وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها

او ان لا يبيعها لا يفسد البيع عند ابي حنيفة فيهما لما ذكرنا من ان مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين احد الجائزين وعن ابي يوسف يفسد في الثاني لانه يمنع من الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كان شرط ان لا يبيع اجنبياً لا يفسد العقد وذكر القدوري انه يفسد ولو لم يكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشترى طعاماً بشرط ان ياكله او ثوباً بشرط ان يلبسه جاز وذكر الامام قاضي خان العقود التي تتعلق تمامها بالقبول اقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا بجهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف في رواية وما لا يبطل بالشرط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعتق بمال وبلا مال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافاً لابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والنسب والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالاً ومؤجلاً وجناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة او كفالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه والاضافة لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على الماذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح وبالشرط بغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى فالحاصل ان كل ما كان من قبيل التمليكات والتقييدات لا يصح تعليقه فمن الاول الاول ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند ابي يوسف من قبيل التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لانه من اطلاق الولاية كالاذن والايصاء والوكالة وان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات اشبه قوله ومن باع عيناً على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً وهذا لان الاجل شرع ترفيهاً فيليق بالديون لانها معينة في الذمة فيتعين الاجل للترفيه بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة الى الزامه تاخير تسليمه اذ فائدة الاجل التحصيل به وهو حاصل فيكون ضرراً بالبائع من غير نفع للمشتري قوله ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل المعهود تعريف ما يصح استثناؤه من العقد لا يصح استثناؤه وهو ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد وما يصح صح والحمل مما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح استثناؤه وهذا هو كون الحمل لا يصح افراده بالعقد لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة كرجل الشاة واليد ما يحتاج فيه فيعرض هنا بالقرض واطراف الحيوان لا تفرد بالعقد اجماعاً وعن هذا ضعف ما بعده قيل وقيل الاصيرة لا تعتبر منها كما يجوز ان تفرد منها بالبيع يجوز ولو قال بعتك على عشرة من الغنم الا شاة ومنها بالعين لانه لا يجوز بشاة من غير التقطيع غير عينها لا يجوز الا ان تستثنى هذه الشاة فانه يجوز لانه يجوز افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عددي متفاوت وشراء باع حيواناً واستثنى ما في بطنه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل والا لان الاول العقد لا يجوز استثناؤه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعاً لا يتناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فاستثنى الحمل قوله لان بيع الاصل يتناولها والاصل والتبع فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يقيد لان الاستثناء ليس الا اخراج بعض من الحكم حكمه موجبه فلو صح ذلك لبطل الاستثناء واصلاحه ان يريد بالتناول فيهما الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب اي طريق

قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر

الاستثناء وعمه لا حقيقة موجبة وذلك لا يجوز واذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا وفيه نفع للبائع والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة والاحسن ان يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيبطل بطلانها بالشروط الفاسدة فانه بالشبه تبطل المشابهة بانها عقود معاوضات الا ان المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل ان يكاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة ونحوه فلكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهة الاعتاق والنكاح من حيث ان احد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شبهان شبه بالبيع وشبه بما ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهذا لا يفيد ان يطلقا بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره واما الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا تبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط فلا يبطل استثناء الحمل فلو قال وهبتك او تصدقت عليك بهذه الجارية الا حملها او تزوجت على هذه الجارية او خالعني عليها الا حملها او جعلها بدل الصلح الا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة فان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص انها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى بشرط عودها فيصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر واما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها بان اوصى بجارية الا خدمتها او الا غلتها حيث لا يصح الاستثناء لان الميراث لا يجري في الخدمة والغلة بانفرادها حتى لو اوصى بخدمة الجارية وغلتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل تعود الى ورثة الموصي بخلاف ما لو اوصى بحمل جارية لآخر حيث يصح ويكون حملها له واورد على الاصل ان الخدمة تصح افرادها بالوصية فيجب ان يصح استثناؤها اجيب بدليل قولهم كلما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة ولم يلزم كلما لا يصح اجرة لان الوصية ليس عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا فرع باع صبرة بمائة الا عشرها فله تسعة اعشارها بجميع الثمن ولو قال على ان عشرها لي فله تسعة اعشارها بتسعة اعشار الثمن خلافا لما روي عن محمد انه بجميع الثمن فيهما وعن ابي يوسف لو قال ابيعك هذه المائة شاة بمائة على ان هذه لي او ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعتك هذا العبد بالف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بالف وخمسمائة لان المعنى باع نصفه بالف لان الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عن بيعه بخمسمائة ولو قال على ان لي نصفه بثلثمائة او مائة دينار فسد لادخال صفقة في صفقة ولو قال بعتك الدار الخارجة على ان تجعل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا الى داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على ان لا طريق للمشتري في الدار وعلى ان بابه في الدهليز يجوز ولو زعم ان له طريقا فظهر ان لا طريق له يرد ولو باع عبدا بدينار الا درهما او الا ثوبا او الا كر حنطة او هذه الاشياء الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على ان لا بناء فيها فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على ان بناءها من آجر فاذا هو لبن فهو فاسد بناء على انهما جنسان كما لو باعه ثوبا على انه هروي فظهر بلخيا ولو باع الارض على ان فيها بناء فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع العلو او سفلها فظهر ان لا علو لها وشبهه لو اشترى باجذاعها وله

ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد باجماع الائمة الاربعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين في صفقة الا ان هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجارة

قال ومن اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أو يشركه فالبيع فاسد قال ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع **قال** والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام معلومة فلا جهالة فيه **قال** ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لأنها تتقدم وتتأخر ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولأنه معلوم الأصل ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى

في بيع وما تقدم كان كذلك على تلك التقادير على تقدير عدم المقابلة يكون إعارة في بيع **قوله** ومن اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أي اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا فأطلق عليه اسم النعل مجازا باعتبار أوله إليه ويمكن أن يراد حقيقته أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها أي يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل بالنعل أي قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله أو يشركه أي يضع عليه الشراك [illegible] يشتري أديما على أن يجعل له شراكا [illegible] يراد حقيقته النعل فالبيع فاسد قال المصنف ما ذكره يعني القدوري جواب القياس ووجهه ما بينا من أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل كذلك ومثله في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه أي [illegible] أو صار كصبغ الثوب مقتضى القياس منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين من مال المستأجر وهو عين الصبغ ولكن جوز للتعامل ومثله [illegible] استهلاك [illegible] للتعامل لكن [illegible] المستحق بالإجارة فعل الصبغ [illegible] والصبغ آلته [illegible] التعامل جوزنا الاستصناع مع أنه بيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة أو قلنسوة بشرط أن يخيط بها البائع بطانة من عنده [illegible] وهو البيع بشرط أن يجعله كذا [illegible] المشروط [illegible] بشرط أن يجعل [illegible] وذكر هشام عن محمد اشترى شاة على أنها حامل يفسد البيع وعن الشافعي قولان أصحهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال بعض أصحابنا في جنس إلا في الجواري يصح قولا واحدا وهو قولنا وذكر هشام عن محمد اشترى جارية على أنها حامل يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريدها للظئر فيفسد [illegible] أن المشتري علم ذلك [illegible] شرطه [illegible] اشترى خلاف ما يحصل [illegible] يوجب فساد البيع [illegible] البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري [illegible] وذكر [illegible] اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما [illegible] كذا [illegible] يصح كذا [illegible] البيع فاسد [illegible] قال الشافعي ولو شرط في الشاة أنها حلوب [illegible] لم يذكره محمد واختلف فيه فالكرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لأنه مرغوب فيه والوجه أن لا يجوز لوقوع المنازعة في معنى الحلوب [illegible] يكون بينهما [illegible] المقدار وأكثر من [illegible] إلى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على أن يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع إذا اشترط على [illegible] فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به إذا اشترط على أجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الأجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري إن شاء أخذه بمائة وإن شاء ترك وعن أبي يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الأجنبي دينارا من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى جائز فيما إذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن لأن حاصله الحطيطة مشروطة [illegible] الشراء بالثمن [illegible] ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السيل على أن له قرار الماء جاز ولو باع حديدا على أن يتخذ المشتري [illegible] هذا فاسد ولو قال [illegible] ولو باع هذا الثوب [illegible] في صفة [illegible] الأول [illegible] لأنه في الحاصل بيع أحدهما بعينه [illegible] من ذلك ولو باع [illegible] بألف إلا نصفه [illegible] مائة [illegible] **قوله** والبيع إلى النيروز وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تكلم عمر فقال كل يوم لنا نوروز حين كان [illegible] والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهركان وقيل هما عيدان للمجوس وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل [illegible] هذا التعليل أن المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع لأن مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان إلى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الأجل وقوله إذا لم يعرف [illegible] والتأجيل إلى هذه [illegible] عدم معرفة

بخلاف البيع فانه لا يتحملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث يجوز
هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط

مخصوص بادوقتها عند المسلمين فلو كان بطلان ذلك صح قبل تخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في ان ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل ان الفساد بجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال لو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم الايام معلومة هو خمسون يوما واعلم ان كون التأجيل في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين اما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للمعنى الذي ذكرنا ومفسد التأجيل المبيع عنه قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى راس الشهر وقوله لانها تفضي الى المماكسة المماكسة استنقاص الثمن والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة وعند جهالة وقت القبض يحصل اخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك وحقيقة هذا تصحيح تعليلا لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها ومثله القطاف وهو للعنب والدياس وهو دوس الحب بالقدم لينقشر واصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت الواو ياء للكسرة قبلها والجزاز اي جز صوف الغنم لانها تتقدم وتتأخر وذكر شمس الائمة ان المراد به جزاز النخل ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة اي قريب مداركها وازالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا اي هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لانها عقد تبرع مبني على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا السؤال المورد من قبل شمس الائمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على ان يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا الا ترى ان الصداق تتحمل الجهالة حيث يتحمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الاجال سؤال اجنبي عن هذا المحل ثم اجاب بان الاصح صحة هذه الاجال في الصداق خلافا لقول البعض انها لا يصح تأجيل الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمل جهالة هذه الاجال ويجاب بما ذكر وقوله لاختلاف الصحابة اخرجه مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من اجازها كعائشة رض اجازت البيع الى العطاء وابن عباس منعه وبه اخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطاء كان في ذلك الزمان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونها اجلا اذ ذاك لصدق الخلفاء الراشدين في ميعادهم في خبر فيه واما الان فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل اليه الان فان صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر انه كان يتقدم ويتأخر قليلا نحو يوم او يومين فاعتبرته عائشة رض واعتبره ابن عباس رض ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر والفاحشة هي ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله ولانه معلوم الاصل اي ولان الدين معلوم فاعاد الضمير عليه لانه لازم للكفالة ان تستلزم دينا يعني الاصل هو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه موجلا الى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر وقوله الا يرى اه ابتداء لا تعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله انه اثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مسائلها وبان الدين المكفول به معلوم الاصل فلم تبق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى اولوية صحة هذه الاجال في الكفالة بان بعض الكفالة يحتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان فان الذوب غير معلوم الوجود فلان تتحمل جهالة الوصف فيه اولى بخلاف البيع فانه لا يتحملها في اصل الثمن فكذا في وصفه فاتجه عليه ان يقال لا يلزم من عدم تحمل الاصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو اخف لان الاصل اقوى اجيب بان الاشتراك في العلة يوجبه في الحكم وعلة عدم تحملها في الاصل الافضاء الى المنازعة وهو موجود في جهالة الوصف ثم افاد ان ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة

ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا وقال زفر رح لا يجوز لأنه وقع فاسدا فلا
ينقلب جائزا وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا
باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لأن الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج
وفاقا لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف
ومحمد رح إن سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند
علمائنا الثلاثة وقال زفر رح فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر له اعتبار الفصل الأول إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل ولهما أن
الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لأنه مجهول ولأبي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت
العقد أصلا لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة وأما البيع في هؤلاء
موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير بإجازته وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رح إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا
اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

هذه الآجال وهذا إذا ذكرت في أصل العقد أما إذا عقد بلا أجل وهو قوله بخلاف ما إذا باع مطلقا أي عن ذكر الأجل حتى انعقد صحيحا ثم أجل الثمن
إلى هذه الأوقات فإنه يجوز التأجيل بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة ولأنه تأجيل في دين من الديون بخلافه في صلب العقد لأنه يبطل بالشرط
الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد **قوله** ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا على إسقاط الأجل قبل أن يجيء أوان استيفائه وقبل أن يأخذ الناس
في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا كما جاز إذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الآجال وقال زفر لا يجوز وتقييده بهذه ونحوها
للإخراج نحو التأجيل بهبوب الريح ونزول المطر فإنه لو أجل بها ثم أسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا وجه قوله أن العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كإسقاط
الأجل في النكاح إلى أجل كالإشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزا وبيع الدرهم بالدرهمين إذا أسقط الدرهم لا يعود صحيحا ولنا أن هذه
الجهالة المانعة من لزوم العقد ليس في صلب العقد بل باعتبار خارج هو الأجل وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضي للصحة وهو مبادلة المال
بالمال على وجه التراضي فإذا زال المانع قبل وجود ما يتحقق به ما يوقعه سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل
المقتضي وهو معنى انقلابه صحيحا بخلاف ما قاس عليه من الإشهاد والمتأخر فإن عدم الإشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروط فاسدا لعدم الشرط لا يمكن
ذلك بعينه صحيحا كما إذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة وأما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عمل المفسد وهو عدم الشرط وذلك
قبل الصلاة وأما النكاح إلى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا آخر فلا يصح
إسقاط الدرهم لأن الفساد في صلب العقد الذي يحتاج بعد هذا إلى الجواب ما إذا أسقط الشرط على الخمر فيما إذا باع بألف رطل خمر نص محمد على جواز
البيع وانقلابه صحيحا ذكره في آخر الصرف اللهم إلا أن يقال هو تبع للألف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه يتعين كون الخمر هو الثمن ففساده
لا يتبع هناك هذا وألحق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الالتزام فإنه يجيز النكاح المؤقت وقوله في الكتاب تراضيا [illegible] **قوله** ومن جمع
بين عبد وحر أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما سواء فصل ثمن كل واحد أو لم يفصل هذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رح إن سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز
في العبد بما سمي له وكذا في الذكية وإن لم يسم بطل في الجميع والقول لأبي حنيفة رح قال مالك رح وعن الشافعي رح وأحمد رح القولين على الخلاف إذا باع دنا خلا فإذا هو
خمر ولو جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره ولم يفصل الثمن صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية
عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر وأجمعوا أنه لو باع عبدين فاستحق أحدهما لا يبطل البيع في الآخر لزفر الاعتبار بالفصل الأول وهو ما إذا جمع بين
عبد وحر ولم يفصل ثمن كل والجامع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالإضافة إلى المجموع إذ يصدق أن الكل من حيث هو
كل ليس بمال ولهما في الأول أن الفساد لا يتعدى محل المفسد وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى إلى غيره ولا يتعدى
بلا موجب لأن كلا منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن ألا ترى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر ولو كان كل منهما عبدا وصار كما لو جمع بين
أخته وأجنبية في عقد النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل منهما لأن الفساد حينئذ في القن لجهالة ثمنه ولأبي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين أعني الجمع بين
الحر والعبد والجمع بين الأجنبية وأخته والمدبر والعبد أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا والبيع صفقة واحدة بدليل أنه ليس للعاقد أن يقبل في أحدهما
بعد جعل قبول العقد في كل شرطا في بيعه الآخر فقد شرط في قبول العبد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد بخلاف النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد أما
بيع هؤلاء فموقوف على القضاء في المدبر ورضا المكاتب في الأصح خلافا لما روي عن أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح وإجازة ذلك الغير وقد دخلوا في العقد

فصل في أحكامه

وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما إذا باع الميتة أو باع الخمر بالدراهم ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط أن يكون القبض بإذن المالك وهو الظاهر إلا أنه يكتفى به دلالة كما إذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد

لقيام المالية على قول بعض المجتهدين في أم الولد أيضا فدخلوا أيضا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن المالك أي مالك أم الولد والعبد المضموم إلى عبد البائع باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع بعد وجوده فيما يقبله وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافا لمحمد وهو بناء على إجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم ولذا صح القضاء ببيعها عندهما نظرا إلى الخلاف وعنده لا نظرا إلى الإجماع وارتفاع الخلاف مع أن قول عبيدة لعلي لما قال بدا لي رأي أن يبعن رأيك في الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك ظاهر في أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم إلا عليا وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما يجيء في الصرف فاستدلوا به على رجوعه في جميع هذه المسائل إذ الفرق بينها لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد في متروكها لا اجتهادا وأجيب بالفرق بأنه لا يحل القضاء ويصح بيع المدبر والاجتهاد فيه غير معتبر لنفس الاجتهاد حفظا للفساد بمثله ظاهر النص أو قد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما في الذخيرة أن البائع إذا فصل الثمن وسمى لكل ثمنا على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متعددة هو قول أبي حنيفة وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسدا أجيب بمنع اشتراط النفع في إفساد الشرط أولا وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون ربا وقوله فكان هذا يعني رد البيع إشارة إلى التقارير يعني دخولهم تحت البيع لأن المبيع من انعقاده لا يصح وإذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبدين فهلك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده ويجب حصة الآخر من الثمن وإن كان المدبر وأمثاله محلا للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع قوله في الكافي جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح وقال الحلواني يفسد فيهما ثم رجع وقال جاز في الملك كما في العبد والمدبر ولو باع قرية فيها مسجد قديم إن كان عامرا يفسد البيع وإلا لا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا فيها طريق العامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى دارا بطريقها ثم استحق الطريق إن شاء أمسكها بحصتها وإن شاء ردها إن كان الطريق مختلطا بها وإن كان متميزا لزمه الدار بحصته ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى إذا لم يكن الطريق محدودا فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد الجامع فسد في الكل وكذا لو كان مهدوما أو أرضا ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد إلا أن كان من ربعه معلوم ليعاديه ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز

فصل في أحكامه قال وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع صريحا أو دلالة كما سيأتي وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ومعلوم أنه إذا لم يكن فيه خيار شرط لأن ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى أن لزوم القيمة عينا إنما هو بعد هلاك المبيع فيجب ما هو قائم في يده فالواجب رده بعينه وقال الشافعي لا يملكه وإن قبض لأنه أي البيع الفاسد محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين المشروعية والنهي والمراد أن النهي يتضمن انتفاء المشروعية ولهذا أي لكونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض ولو كان مشروعا لثبت قبله كما في البيع الصحيح وصار كما إذا باع الخمر بالميتة أو باع الخمر بالدراهم فإن الاتفاق على أنه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذلك إلا لانتفاء مشروعية السبب ولنا أن ركن العقد صدر من أهله في محله ولا خفاء في الأهلية ولا في المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام

وشرطان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله او متقومة فيخرج فوات التقوم ما في دون الاخر لا مال بل هو ملك الا به متقوم تنبيه بالقصر نسبه العصمة بقدر الاهلية للمثل عودة وفيها احد لي من المثل

اى الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قوله نعمة الملك لا تنال بالمحظور قلنا ممنوع بل بما وضعه الشرع سببا لحكم اذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه اثبت حكمه واثمه اصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأيناه اثبت حكم طلاق الحائض فازال به العصمة حتى امر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن واثم المطلق فصار هذا اصلا في كل سبب شرعي نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصى به وقوله النهي يقرر الشرعية بمعنى يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء شرعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف او كونه لا يفيد حكمه ان اردت الاول سلمناه ومعناه انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما اريناك من الشرع وان اردت الثاني فهو محل النزاع وهو مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي ح لان فائدة التحريم والتأثيم وهو موضع النهي فانه للتحريم او كراهة التحريم فاما كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بان لم يكن مالا بان عقد على الخمر او الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب اصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا قسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا اخذا من مناسبة لغوية هكذا اول باب البيع الفاسد ولا اخفاء في حسن هذا التقدير ان شاء الله تعالى وكفايته واما قول الصدر وغيره من المشائخ النهي يقرر المشروعية لاقتضاء التصور يريدون ان النهي عن الامر الشرعي يقرر شرعيته لان النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه والا لم يكن للنهي فائدة فليس كذلك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد لانه اذا فعل هذا التصور يقع غير مشروع وان ارادوا التصور شرعا اى ما اذنا فيه شرعا فممنوع فان قالوا نريد تصوره مشروعا باصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير النهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو اصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام اصلا اذ فسلم انه مشروع باصله اعني ما لم يقترن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئا ومع قوله فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي او ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي مع ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج الى ما قررناه من منع ان اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى اخر ما ذكرناه ولنا قوله انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء فلم ار ان يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي فيما نحن فيه يفيد الحظر فلا الا ان اقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال في شرعنا فان الشارع اهانهما بكل وجه حتى لم يجعلهما وعصيرا مع انها مفقودة حال العقد بل الموجود نية ان يصير خمرا وبائعها واكل ثمنها وهي مال في شرع اهل الكتاب على زعمهم وحيث امرنا ان نتركهم وما يدينون فقد امرنا باعتبار بيعهم اياها وبيعهم بها فاذا كان احد العوضين خمرا او خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الاخر ولكنا امرنا وان كان في بيعهم فصحيح والله اعلم وقوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى اخره جواب عن مقدر هو انه اذا كان هذا البيع يترتب حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض فاجاب وحاصل الوجه فيه انا قد اريناك انه سبب محظور وان ما هو سبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان رتب حكمه كما هو امر بمراجعة الحائض فوجب ذلك في البيع وحيث امرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف وانما حكم السبب

قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط

فيتأخر عنه في الشرع لسبب من الاسباب فاخرناه الى القبض فانه يتأكد العقد فيوجب ح حكمه كالهبة لما ضعف السبب لم يثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله كيلا يؤدي الى تقرير الفساد اي زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيد وجود ما انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله وان كان الخمر ثمنا فقد خرجناه يريد ما قدمه من ابطال البيع اذا كانت مبيعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها قوله وشيء اخر اي وجه اخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب ح تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها والقيمة لا تكون الا دراهم او دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود ثمن لا يقال لا مانع من ذلك بان الدراهم والدنانير اذا قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا والخمر قد قوبلت بالدراهم فاذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لانا نقول الثابت هناك كون كل مبيعا وثمنا وهنا يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها ابطل الصرف فتكون القيمة مبيعة وثمنا كالقيمة التي يدفعها المشتري ثم شرط في الملك ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر من المذهب الا انه يكتفي بالاذن دلالة كما اذا قبضه فقبضه في مجلس العقد ولم ينهه البائع استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه ولم يمكن بحكم التسليط السابق الا اذا كان امره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا نسلم ان هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذه هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة والجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لا منع قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع ان القبض فيها في مجلس العقد يصح استحسانا واثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يثبته مقيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندواني انه قال يجب ان يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان ادى الثمن مما يملكه البائع اخذا من اطلاق ما سيأتي واما ما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله اذا لم ينقد الثمن او كان الثمن خمرا مثلا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا بالقبض وفي المجتبى في التخلية اختلافات الروايات والاصل انها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير وفي المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله فيخرج عليه اي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم البيع وبطلانه بالميتة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن كلها باطلة لعدم المال في العوض والبيع بالريح بحسب ما يقال من المهملات الكلامية وقيد بنفي الثمن لانهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه بنفي ولا اثبات انعقد فاسدا وثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه بقيمته فيفسد البيع وقوله لزمته قيمته يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فاتلفه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم اتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته ح كذا في الكافي وهذا في ذوات القيم واما في ذوات الامثال فيلزمه المثل ومنها العدديات المتقاربة لانه مضمون بنفسه اي لا بالقيمة واحترز به عن المبيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والبينة فيه بينة البائع

قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخه دفعا للفساد اي للمعصية فرفعه حق الله تعالى فان نفس العقد مكروه والجري على موجبه بالتصرف في المبيع بتمليك او انتفاع به بعلم او لبس او اكل كذلك اي يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه ان يكون حراما لان الاجماع على

قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع

شرعا لطيف يوجب الحرمة وعرف من تعليل المص برفع المعصية ان الواجب ان يقال وعلى كل واحد فسخه غير انه اراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله اخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن والمثمن كبيع درهم بدرهمين او ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة الاخر عندهما لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند ابي يوسف بغير حضرته ايضا و لم يحك المص هذا الخلاف وان كان الفساد بشرط زائد كالبيع على ان يقرضه ونحوه او الى اجل مجهول فلكل واحد فسخه قبل القبض واما بعد القبض فيستقل به من له منفعة الشرط والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بحضرة الاخر دون من عليه عند محمد لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد [illegible] فسخه فقد ابطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص لو زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل ولا او منفصلة كذلك او انتقص بآفة سماوية او بفعل الغير بائعا او مشتريا او اجنبيا فسنذكره وقوله لان الخ جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو انه لما كان قويا ينبغي ان يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فاجاب بان القياس ذلك الا انه لما لم يتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ

قوله فان باعه اي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف وسقط حق البائع الاول في الاسترداد لتعلق حق العبد بالعقد الثاني ونقض الاول ما كان الا لحق الشرع وحق العبد عند معارضته حق الله تعالى يقدم باذن الله تعالى لغناه سبحانه وتعالى وعفوه وجوده وفقر العبد وخسته ولا ينتقض بالصيد اذا احرم مالكه وهو في يده حيث يلزم اطلاقه فقدم حق الشرع على العبد لانا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينتقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك وكذا الموصى له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لوارث البائع استرداده منه لان له ملكا متجددا والسبب اختياري لا ينصرف من المشتري ولو قيل المشتري الثاني ايضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته ان يبطل حقه فلا يصل بائعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب وايضا الاول مشروع باصله لا وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه لزيادة قوته ولانه اي البيع الثاني حصل بتسليط من جهة البائع اي البائع الاول لان التمليك منه مع الاذن في القبض تسليط على التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا لكان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي الى المناقضة قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه اولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليطه على البيع وتمامه بان يفعل المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رحمة عليه ان يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال ان حق كل من البائع والمشتري ليس له الا التدارك برفع معصيته بالتوبة ومتى اخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته اما الوارث فانه مأمور بخلاص ميتته من المعصية ما امكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة بالبيع والهبة فانه يمنع حق الشفيع وله ان ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق به حق الغير لان حق الشفيع

قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا **قال** ليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا

وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح الشفيع لانه اسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما في البيع وارد وينبغي ان يكون حق المشتري احق من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا اجيب بانه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من اسباب الترجيح فترجح الشفعة قوله ومن اشترى عبدا بخمر المراد اشترى عبدا شراء فاسدا بخمر او غيره فاعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته فيه وانما وجبت القيمة لانه بالاعتاق قد هلك فوقع الاياس عن الاسترداد فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر في المسئلة قبلها من انه تعلق به حق العبد اعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم لتقدم فوت الملكية بتاخير التوبة والكتابة والرهن بعد تتبعه نظير البيع يعني اذا كاتب العبد المبيع بيعا فاسدا او رهنه فهو نظير البيع لانهما لازمان لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة الا انه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن ولا فائدة في تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات بالرد بالعيب والرجوع في الهبة ولو بلا قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع ان يسترده وتحول حقه عن العين الى القيمة كالعبد المغصوب اذا ابق فقضي على الغاصب بالقيمة ثم رجع ليس للمالك اخذه لما قلنا وقوله وهذا بخلاف الاجارة فانه اذا اجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد لان الاجارة تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبائع ان يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ما تملك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح ثم كما لو زوجها البائع ثم تصير بحيث له منعها وعدم بوتها معه حتى غير انه اذا اخذها اله وطيها ولان الاجارة تنعقد شيئا فشيئا فيكون الاضافة الى المنافع التي لم تحدث امتناعا عن العقد عليها ولو قطعت يد العبد المشترى شراء فاسدا واخذ المشتري الارش او ولدت الجارية واخذ موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه او بطنه وحشاه تقطع الاسترداد كما في الغصب ولو صبغه فعن محمد يخير البائع بين اخذه واعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل ان كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكر الكرخي ان الصبغ بالعصفر يمنع الاسترداد وعن محمد انه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترده وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسدا لا يمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري او بفعله في نفسه او بآفة سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع ارش النقصان وليس له ان يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل اجنبي فله ان ياخذ الارش من المشتري وان شاء اخذه من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يمتنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد او استرد لزمه العقر للبائع الا ان اعلقها ضمن قيمتها قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قيل يعني القيمة التي اخذها من المشتري وليس بلازم بل قد يكون ذلك او الثمن الذي تراضيا عليه كيف كان ليس له اخذه حتى يرد ما اخذه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا فللمستاجر ان يحبس ما استاجره حتى ياخذ الاجرة التي دفعها للمؤجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين

قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظه الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف

البدلين ولو مات البائع بيعا فاسدا او المؤجر اجارة فاسدة والراهن او المقرض كذلك فالذي في يده المبيع او الرهن احق بثمنه من غرماء الميت لانه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته الا ان الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما اعطى فافترقا فليعلم بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين والوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحتال بدين الحوالة او الوديعة مع ان دين المحيل صار مشغولا بحق المحتال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجبه ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق ولا يد للمحتال ثم ان كانت الدراهم الثمن التي دفعها قائمة بعينها اخذها المشتري بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح خلافا لما ذكر ابو حفص انها لا تتعين كما في البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية ابي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سياتي ما يقوي رواية ابي حفص لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب والثمن في يد البائع كالمغصوب وان كانت مستهلكة قال المصنف رحمه الله اخذ مثلها وكذا ذكر قاضي خان وذكر في الفوائد الظهيرية وفخر الاسلام وجماعة من شراح الجامع الصغير انه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء حادفعه يصرف الى الغرماء ولا شك انه غير لازم لان الواجب بعد الاستهلاك مثل حقه والمستهلك وهو الدراهم **قوله** ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري اي غرس فيها اشجارا فعليه قيمتها وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء ويقلع الغرس وترد الدار لهما ان حق الشفيع في الدار التي يستحق فيها الشفعة اضعف من حق البائع بيعا فاسدا في الاسترداد بدليل انه يحتاج في ثبوت الملك له في الدار الى القضاء ويبطل بالتاخير بعد العلم ولا يورث حق هذا البائع في الاسترداد ولا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتاخير ويثبت لورثته والاتفاق على ان حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء والغرس فاقواهما وهو حق البائع اولى ان لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته ولابي حنيفة ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع به حق الاسترداد كالبيع والهبة بخلاف حق الشفيع فانه وان كان اضعف لم يوجد ما يبطله وهو تسليطه على الفعل اعني البناء الذي مقتضاه وهو النقض والقلع ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة ايضا بل ياخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي انكرها فيها ابو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في الجامع فقول المصنف وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله بذلك قالوا شك في حفظ الرواية عنه لا في مذهبه يعني ان مذهبه معروف انه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على المشتري فان محمدا نص على هذا الاختلاف في كتاب الشفعة فانه قال فيه اذا بنى في الدار المشتراة شراء فاسدا فللشفيع الشفعة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا شفعة فهذا دليل على ان الرواية عن ابي حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار المبيعة بيعا فاسدا مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فلولا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها غير ان حكاية شمس الائمة قول ابي يوسف لمحمد ما رويت لك عن ابي حنيفة انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك انه ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي انه ياخذ قيمتها صريح في الانكار لا في الشك وصريح في انه ينقل عن ابي حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف وقول المصنف فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف معناه ان حق الشفعة وجودا وعدما مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدما فوجوده مبني على عدمه وعدمه مبني على وجوده وعلى هذا فثبوته على الاختلاف بالجر وجماعة من الشارحين قالوا وثبوته بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل بانه لم ينقطع وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والاقرب ان الاوجه ثبوته فثبوت انقطاع حق البائع

قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ره ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها

في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عنده لا ينقطع فله النقض والهدم وعندهما ينقطع فلا يسترد واتفقت الروايات ان طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء واورد على ابي حنيفة لما وجب نقضهما لحق الشفيع وفيه تقرير الفساد فاولى ان يجب نقضهما لحق البائع وهو اقوى وفيه اعدام الفساد واجيب بمنع الملازمة فان البائع جان والاجنابية من الشفيع فلا يلزم من النقض لاجل من لا جناية منه النقض لمن جنى فان قيل اذا نقض البناء والغراس لاجل الشفيع ينبغي ان يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد اجيب بان المانع من الاسترداد انما يزول بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما للملك هذا وقولهما اوجه لان قول ابي حنيفة ان البناء مما يقصد به الدوام ممنوع للاتفاق في الاجارة على ايجاب القلع فظهر انه قد يقال للبقاء وقد لا فان قال المستاجر يعلم انه يكلف القلع ففعله ذلك دليل على انه لم يرد البقاء قلنا المشتري شراء فاسدا ايضا يكلف القلع عندنا وقولك لا يلزم ذلك محل النزاع فاقل الامران يعلم الخلاف ويجوز ان يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء الا مدة واما التعليل بتضمنه لابطال ما تعلق حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب لان ذلك فيما اذا كان العبد حبا آخر اشتراه ممن اشتراه شراء فاسدا وقيل الهبة فيه بطريق صحيح وتمكن فيه نقض العاقد الجاني في عقده هو الذي جنى فلا يستحق بجنايته ومخالفه المقرر لمعصيته ان ينقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لا جناية منه فانه جعل وحلا اذن في تقديمه حقه قوله ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها المشتري وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن الذي قبضه من المشتري اذا عمل فربح والاصل في هذا ان المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البدل لعدم الملك في البدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى ان الغاصب او المودع اذا تصرفا في المغصوب او الوديعة وما عرض ونقد واديا ضمانهما وفضل ربح وجب التصدق به عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ومال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بمثله في الذمة لكنه انما توسل الى الربح بالمغصوب والوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المغصوبة او تقدير الثمن ان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة في ابواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما اوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لان اعتبار الشبهة خلاف الاصل النص هو نهيه عن الربا والريبة فلا يتعدى الاعتبار دونها كشبهة شبهة الشبهة ولم يتعد الى باب التجارة وهو منقوض فلذا قال يتصدق المشتري بالربح فيها ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ولا شك ان هذا انما هو على الرواية القائلة لا تتعين النقود في البيع الفاسد اما على الرواية القائلة بتعينها فحكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر العمادي ان رواية التعيين في البيع الفاسد هو الاصح فحينئذ الاصح وجوب التصدق على البائع ايضا بما ربح في الثمن غير ان هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة ره في رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بالف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم فالاصح ان الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال وقول المصنف لا تتعين في العقود اي عقود المبايعات بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترز به عن الوديعة والغصب والسرقة انما يصح لو كان لفظ المبايعات او المعاوضات مذكورا للمصنف وليس

قال وكذا لو ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شئ وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من

لذلك فيها التفصيل قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا لا يبطل البيع لان له ان يحبسها ويعطي مثلها قوله وكذلك الخ قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شئ وقد ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على انها دينه يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بالتسمية اي بالاقرار عند دعواه المال ثم استحق فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين وبدل المستحق مملوك اي ملكا فاسدا سواء كان عينا او دينا اما عينا فدليله ان من اشترى عبدا بجارية او ثوب ثم اعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير ما يقتضي ان بدل المستحق مملوك بدليل لو حلف ليأخذنه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبد الغير بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لان المديون ملكه في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق انه اذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فيمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل الربح في دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا يعتبر واعلم ان ملكه باعتبار زعمه انه قبض الدراهم بدلا عما يزعم انه ملكه ولو كان في اصل دعواه الدين متعمدا الكذب فيرجع اليه لا يملك اصلا لانه يتيقن انه لا ملك له

فصل فيما يكره لما كان دون الفاسد اخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والا فهذه الكراهات كلها تحريمية لا نعلم خلافا في الاثم ومقتضى النظر عندي ان يكون على اصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في القحط والنجش فاسدا وتلقي الجلب ذا لبس باطلا وثبت بعد الخيار وهذا لان النهي متعلقة للتحريم لا لصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكد المنع لا صرفه عنه فان في اعراض الرجل عن سوم الآخر وبعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى اثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشراء الحاضر للبادي في زمن الحاجة ليغالي على الناس ضرر عام بالمسلمين واهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقدير كونه سعر البلد فيجب ان يكون غير منعقد لعدم الرضا به ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكقول الكل في كون الوصف مجاورا لا ... ذكرنا فالاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان والفساد على ان معنى الفساد ليس الا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية بناء المنهي عنه ويملك البدل منه بالقبض وتأخر الملك الى القبض ليس الا لوجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير انه لما كان المنع باخبار الآحاد والظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن هو مبادلة المال بالمال لا تراضي ثم اباحته

قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وهذا اذا بلغت قيمتها فانه تغرير للمسلم ظلما فاذا لم تبلغ قيمتها فزاد الى القيمة لا يريد الشراء فجائز لانه نفع مسلم من غير اضرار بغيره اذا كان شراء الغير بالقيمة قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد والنجش بفتحتين ويروى بسكون الجيم قوله وعن السوم اي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر رضي الله عنه في الصحيحين في لفظ لا يبع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان يأذن له وفي الصحيحين من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان الى ان قال وان يستام الرجل على سوم اخيه وعرفت صورته وهو ما فيه من الايحاش والاضرار وشرطه وهو ان يتراضيا بثمن ويقع الركون به

قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عم لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك لا بأس به لانعدام الضرر **قال** والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة **قال** كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة **قال** ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه

فيجيء آخر فيدفع للمالك اكثر او مثله غير انه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته واما صورة البيع على بيع اخيه بان تراضيا على ثمن سلعة فيجيء آخر فيقول انا ابيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع اخيه والسوم على سوم اخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة الى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبع احدكم على بيع اخيه جامعا للبيع والشراء مجازا انما يحتاج الى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام وكذا محله في الخطبة فان لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا بأس به كما سنذكر **قوله** وعن تلقي الجلب في الصحيحين عن عبد الله بن عباس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال فقلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا وللتلقي صورتان احدهما ان يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من اهل البلد بزيادة وثانيهما ان يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية انه اذا خرج اليهم لذلك انه يعصي اما لو لم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فرآهم فاشترى ففي معصيته قولان والوجه الاصح اذا لم يلبس وعندنا محل النهي اذا كان يضر باهل البلد او يلبس اما اذا لم يضر او لم يلبس فلا بأس **قوله** وعن بيع الحاضر للبادي تقدم النهي عنه ومحل النهي اذا كان اهل البلد في عوز اي حاجة او قحط وهو يبيع من غير اهل البلد طمعا في الثمن الغالي للاضرار بهم وهم جيرانه اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر وقال الحلواني هو ان يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع انت انا اعلم بذلك فيتوكل له ويبيع ويغالي ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير اصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقته الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس ان لا يكون له سمسارا ليس تفسيرا لبيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لمقصد ما ورد من الحاظر فالمعنى انه نهى عن بيع السمسار وتحقيقه انه لما سئل عن كيفية نهي بيع الحاضر للبادي قال المقصود ان لا يكون له سمسارا فنهى عنه بالسمسار **قوله** والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة الى قوله وذروا البيع كانه يحصل الوقت من حين الاذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا في النهي عن الصلوة بعد صلوة العصر قبل التغير وفيه زيادة انه قد يفضي الى الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر في منع البيع في كتاب الصلوة وهو ما يكون بعد دخول الوقت **قوله** كل ذلك يكره اي كل ما ذكرناه من اول الفصل الى هنا يكره لما قدمناه ولا يفسد به البيع بالاتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعي لكنه يثبت الخيار في تلقي الركبان على ما قدمناه عنه وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه وفي النجش وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال احمد وعلل الصحة بان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة واستشكل في الكافي لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الا ان يحول النجاح بالمجاورة وانت علمت ما عندنا في ذلك **قوله** ولا بأس ببيع من يزيد وهو صفة البيع الذي في اسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة انه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد روى اصحاب السنن الاربعة من حديث انس بن مالك ان رجلا من الانصار اتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له اما في بيتك شيء قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتني بهما فاتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل انا آخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين او ثلثا فقال رجل انا آخذهما بدرهمين فاعطاهما اياه واخذ الدرهمين فاعطاهما الانصاري قال اشتر باحدهما طعاما فانبذه الى اهلك واشتر بالآخر فاسا فاتني به فاتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا ارينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من ان تجيء المسئلة

نوع منه قال ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك إن كان أحدهما كبيرا والأصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك ويروى اردد اردد ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به

نكتة في وجهك يوم القيامة إن المسألة لا تصلح إلا لثلاثة لذي فقر مدقع أو لذي غرم مفظع أو لذي دم موجع وأخرجه الترمذي مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا و قدحا فيمن يزيد قال الترمذي حديث حسن لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفي وقد رواه غير واحد عن الأخضر بن عجلان وقال في علله الكبير سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال الأخضر بن عجلان ثقة **قوله** نوع منه أي من البيع المكروه أي الذي لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحريمية إلا أنه فصل لأن الكراهة فيه لمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه وفيما تقدم لا يرجع إليه أو لأنها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق بخلاف الأول ومن ملك مملوكين بأي سبب من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراث صغيرين أو أحدهما وبينهما رحم محرمية لم يفرق بينهما سواء كان في بيع أو هبة أو وصية وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع ولا تنظير في الوصية إلى ما بعد الموت لأن الموت إلى انقضاء زمان التحريم أن في ذلك من يوم والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الترمذي عن أبي أيوب الأنصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه بأن حيي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح وأقامت فيه الاختلاف فيه لم يصححه الترمذي رواه أحمد بقصة وروى الحاكم في المستدرك عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدة وولدها وقال إسناده صحيح ورد بطليق بن محمد أنه يروي عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبي بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال الدارقطني وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لأن طليقا لا يعرف حاله يدفعه خصوص ذلك إلا أن الحديث له طرق كثيرة وشهرة والاتفاق توجب صحة المعنى المشترك منه وهو منع التفريق إلا أن في سوقها طولا فلنتناول حديث علي فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده رده قال الترمذي حديث حسن غريب وتعقبه أبو داود بأن ميمون لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك أخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي قال قدم على النبي صلى الله عليه وسلم سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال أدركهما فارتجعهما وبعهما جميعا ولا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين وأعني ابن القطان العيب منه وقال هو أي ما اعتمد عليه في هذا الباب ومن طريق آخر رواه أحمد والبزار وفيه انقطاع ولا يقصر عن الحسن على ما عرف قوله ولأن الصغير يستأنس بالكبير والكبير يتعاهده أي يصلح من شأنه فكان في التفريق قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا رواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص كذا رواه البخاري في كتاب المفرد في الأدب وروى الطحاوي في مشكل الآثار حدثنا يونس بن عبد الأعلى حدثنا ابن وهب أخبرني مالك بن الخير الزيادي عن أبي قبيل عن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الأول رواه البخاري في كتاب المفرد في الأدب من حديث أبي هريرة وقد يروى من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المصنف ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب كمحرم الرضاع وامرأة الأب ولا قريب غير محرم كابن العم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأنه على خلاف القياس فيقتصر على مورده ومورده كان في المحرمية كما في الوالدة وولدها والأخوين فإن قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها لأن النص ما ورد إلا في الوالدة والأخوين فالجواب أن القرابة المحرمية ثبتت مقتضى دلالة وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع لأن خصوص الوالدة غير معتبر لأن الولد يعتبر نسبهما ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الأخوين فعلم أن لا قصر في الولاد بل القرابة المحرمية فيثبت في نحو الخال والخالة بالدلالة ومعلوم من المحققين على عدم اشتراط الأولوية في الدلالة والمفهوم بقي أن يراد النقض

(فان فرق كره له ذلك وجاز العقد) وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها وعنه انه
لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام

ثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلث التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق
بدفع احدهما بجناية واستيلاء دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع انه في دفعه غير مجبور اذ له ان يدفع عنه الفداء والدين
ويستبقيه ورده وحده بعيب يخصه فيرده وحده كاستهلاكه بعيب يخصه فيرده وحده وان كان عن ابي يوسف رحمه الله انه يردهما جميعا او يمسكهما كما
هو مراعى الباب اذا وجد باحدهما عيبا والرابعة ان يدبر احدهما او يستولد الامة وجاز بيع الآخر والخامسة ان يكونا لحربي مستأمن فباع احدهما فللمسلم ان يشتريه مع
ما منع كما هو البائع كذلك للمشتري والسادسة لو كان له ثلاثة في ملكه احدهم صغير حل بيع احد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الكبير والصغير والسابعة انه يجوز ان يعتق
احدهما بمال وبلا مال او يكاتبه مع انه حصول الفرقة بالاخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مراهقا وصدقي بالبيع واختاره ورضيت امه جاز بيعه فالجواب عن
ثلاثة الاولى ما اشار اليه المصنف بقوله لان المنظور اليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا الحاق الضرر به اي بالمالك المفهوم
من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا التفريق كان الزاما الضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضررا بالمالك فعند
استلزامه يكون علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة او مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر
عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والانتفاع ببدلهما وعن الخامس بان مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه
مفسدة اعظم فانه ان لم يشتره احد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك تثبت وكيف لا وهي اعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين
والدنيا فالدين ظاهر والدنيا بتعريضه على القتل والسبي والهلاك ويجيء ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بان العلة ما هو
مظنة الضياع والاستيحاش وتبقى له من يقوم مقام الثالث على ان في رواية عن ابي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية اجتمع في ملكه الصغير
من اقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال او اتحدت كالخالين عند ابي يوسف لانه يتوحش بفراق الكل وعن السابع بان
العتق والكتابة غير مقيم للتفريق فان المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع اخيه حيث ما كان وفي ابن سماعة وعن الثامن بانتفاء الضرر حيثما
لاختيار ذلك فقد تحققنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم قال الكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق
ما في المبسوط ان كان للذمي عبد له امرأة امة ولدت منه فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان فيه تفريقا بينه و
بين امه لانه صار مسلما باسلام ابيه فهذا تفريق بحق قوله (فان فرق كره ذلك وجاز العقد) اذا كان المالك مسلما حرا او مكاتبا او ماذونا اما اذا كان
كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه انه اذا كان التفريق في ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممتنعا
في ملتهم لا يجوز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك اي قرابة الولاد وغيرها وهو قول احمد لما روينا من
حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم ادركهما واردد ارتجعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر
من اهله في محله والكراهة لمعنى مجاور فلا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم فشابه كراهة الاستيام على سوم اخيه ويحمل الامر بالادراك والارتجاع
على طلب الاقالة مع ظهور انه يقبله رغبة في ثواب الاقالة او ان يبيع الاخ الآخر منه واعلم ان مدة منع التفريق انما يمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام او بالحيض
وذكر فيه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة بن الصامت عنه صلى الله
عليه وسلم قال لا تفرقوا بين الام وولدها فقيل الى متى فقال الى ان يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي وفي اظهر قوليه

إذا ثبت هذا نقول إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا أما لا يمكن إثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعاً ممكن فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخاً فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغواً وعندهما بيع لما بينا

اثرها باعتبار اعدامها بعد وجودها وهو المراد بالفسخ إذ حقيقته رفع الواقع عن أن يكون واقعاً غير ممكن بعد الدخول في الوجود فهو قرينة صارفة وإذا تعذر الفسخ يحمل على محتمله وهو البيع ولأبي يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الأمر أنه لم يسم فيه الثمن لأنه معلوم كما في التولية واخذ الدار بالشفعة ولهذا تبطل الإقالة بهلاك المبيع بعد الإقالة وتبطل الرد وجب ملذي كان بائعاً الرد بالعيب الحادث عند المشتري وهذه احكام البيع فإذا ترتب على شئ كان بيعاً غير أنه لو تعذر جعله بيعاً لكونها وقعت في منقول قبل قبضه صرنا إلى مجازه جعله فسخاً تصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن وكونه لا ينعقد به عقد البيع ابتداء ممنوع على قول بعض المشايخ فإنه قال يجوز أن ينعقد البيع ابتداء بلفظ الإقالة وانتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه ولأبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الرفع على ما قلنا لمحمد رحمه الله والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة إلى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته إذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الإقالة بيعاً لذلك فإن قيل فيكون بيعاً لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لا لثبوت اللوازم التي رتبها قلنا إنما نريد بالبيع ما كان يفيد هذه المبادلة ابتداء لا تراجعاً بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك أي بأنه وضع بهذا الاعتبار ولا راجع إلى مجرد الاصطلاح على أن يسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقاً شرطاً أو تقييداً أن لا يكون تراجعاً والأحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الألفاظ بقي أمر آخر وهو أنها لم تستعمل في البيع مجازاً عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله ولا تحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لأنه أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي ضده أي ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء ولأن الاستعمال في الضد إنما يكون تهكماً أو تمليحاً وليس ذلك في الفقه أو يكون لمشاكلة للفظ وقع في صحبته كجزاء سيئة وليس هنا ذلك فتعين البطلان وكونه بيعاً في حق ثالث ليس باعتبار جعلنا إياه مجازاً عنه ولكن لأمر ضروري وهو أنه لما ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك ببدل ظهر في حق غيرهما إذ لا ولاية لهما على غيرهما ليقصر فاسوجب البيع عند فيقتصر عليهما ويظهر بيعاً في حق غيرهما ولئلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة فإذا فرض ثبوت ذلك بعوده إلى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده **قوله إذا ثبت هذا** أي هذا الخلاف في هذا الأصل فنقول تفريعاً عليه إذا شرطا في الإقالة الأكثر كأن تقايلا على مائة والبيع بخمسين فالإقالة على الثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويبطل شرط الزيادة لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وإنما بطلت لأن الإقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن لأن رفع ما لم يكن ثابتاً محال ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه أن رفعه على مائة يرجع إلى المشتري والحال أن لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع ما لم يكن له وجود فلا رفع أصلاً لأن أصل العقد له وجود وإياه عينا بالإقالة غير أنهما زادا شرطاً فاسداً فيثبت الرفع برفعهما ويبطل الشرط الفاسد الذي زاداه بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها فيه فيتحقق به الربا ويصير بيعاً فاسداً إذ لا يتصور إثباتها في الرفع وكذا إذا شرطا الأقل عنده يصح بقدر الثمن الأول لما بيناه أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الأول إلا أن يكون حدث بالمبيع عيب فيصح بالنقصان جعلاً للحط بإزاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعاً وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف يصح به لأنه بيع وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول لا باعتباره مريداً للأول لكنه سكت عن بعضه ولو سكت عن الكل بأن قال أقلتك يكون فسخاً عليه فإذا سكت عن بعضه أولى بخلاف ما إذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بينا من جعل الحط بإزاء ما نقص منه بالعيب فرع ولو باع صابوناً رطباً ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باق **قوله ولو أقال بغير جنس الثمن الأول** بأن كان دراهم فأقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها فهو فسخ

ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم بالصواب

بالثمن الاول عند ابي حنيفة وتبطل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا انه عند ابي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا **قوله ولو ولدت المبيعة** ولدا يعني بعد القبض ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل ان الزيادة متصلة كانت كالسمن او منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والاقالة وان كانت بعد القبض فان كانت متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسخا وعندهما تكون بيعا و من ثمرات الخلاف انهما لو تقايلا في منقول فقبل ان يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانيا جاز البيع خلافا لابي يوسف لان الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا ولانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول ابي حنيفة وابي يوسف لثمرة كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع ايضا منها ان المبيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا وعاد الى ملك البائع للشفيع ان يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها ان البيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها انه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم ان البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز و يجعل في حق البائع كانه ملكه بسبب جديد ومنها ان السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كانه اشتراه **قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها** ووجه الفرق ان المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه اما ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما اذا لم يشر الى النقد واما مال حكما لا حقيقة فيما اذا اشار اليه لعدم تعلق العقد بالمشار اليه بل بمثله في ذمته والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير انها ترتد بالرد للمالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول تحاشيا ومن زكوة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتادى الكامل بالناقص ولذا من حلف [illegible] لا مال له وله ديون [illegible] واذا كان المبيع هو المقصود وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والثمن سواء فاظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما متعلقا الى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ رفع ما لا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما لو كان راس مال السلم عرضا معينا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار ان السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمنا والدين عينا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك ومثله في الاقالة كما في حقيقة المقايضة كما سنذكر لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك احدهما كان فالاقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك او مثله ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه **قوله ولو تقايضا** بالياء المثناة من تحت اي تبايعا بيع المقايضة فهلك احد العوضين جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع من وجه فكان البيع باقيا ببقاء العين القائمة منهما فامكن الرفع فيه فعليه يتفرع ما اذا اشترى عبدا بامة و تقابضا ثم ان مشتري العبد باع نصفه من رجل ثم اقال البيع في الامة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد فاخذ الارش ثم اقال البائع في الامة ولو هلك البدلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة ولو تقايلا العبد بهلاك احدهما وصحت الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة ايضا والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع ان في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده او مثله فلا تتعلق الاقالة بعينهما فلا يبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم وراس المال مما لا يتعين جاز ثم في يد المسلم اليه فانما عليه رد مثله ولو تقايلا بعد قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح

عقدا على دين كعين في وعليه مستحق لهما جوز بيعه مرابحة على راس المال ذكره الاسبيجابي فرع باع المبيع الرد بالعيب بعد الاقالة لان ذلك الزيادة المتصلة او المنفصلة باستهلاكها اجنبي تتوقف الاقالة على القبول في المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول ابي حنيفة ومحمد كالابراء خلافا لابي يوسف بناء على الوكيل بالشراء لا تجوز اتفاقا وفسخ الموكل مع المشتري جائز وفي جميع التفاريق اقالة الوارث جائزة. وطلق في الجامع جواز اقالة الوصي وصية الباقي بيع باكثر من القيمة فان باع باكثر منها لا يصح اقالته وكذا متولي الوقف لو اشترى باقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عقد بالدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقد بثمن مؤجل ثم جدد بالحال وعلى القلب انفسخ الاول وكذا لو عقد بدراهم ثم جدد بدنانير او على القلب الوجد بواحد بدراهم اكثر او اقل فلا فهو حط من الثمن او زيادة فيه وقالوا لو باع باثني عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بالعشرة لا ينفسخ الاول لانه ثبت اذا حط يلتحق باصل العقد الا في اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثني عشر ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي او لم يزد على قوله بعه او زاد قوله ممن شئت لا يصح في الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل ولو قال للبائع قبل القبض اعتقه فاعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى تجوز اعدا النكاح فسخ فعليه مافرع في فتاوى قاضي خان غير باع امته فانكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له وطؤها لان جحود المشتري فسخ في حقه واذا عزم البائع على ترك الخصومة فقد تم الفسخ بينهما وكذا لو انكر البائع المبيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسع البائع بذلك له وطؤها وتمامه لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة ايام وقبضها ثم رد على البائع جارية اخرى في ايام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لانه انكر قبض غيرها فان رضي البائع بها حل وطؤها لان المشتري لما رد اخرى انعقد بينهما تمليك البائع الثانية بالاولى فاذا رضي البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئا مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليجيء بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له ان يبيعه من غيره استحسانا وللمشتري منه ان ينتفع به وان كان يعلم بذلك لان البائع رضي بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهرا ثم ينظر ان كان الثمن الثاني اكثر من الاول فعليه ان يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالنقصان على البائع لا على المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع باقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل اقلتنا فالقول للمشتري مع يمينه في انكار الاقالة فلو كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري باقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

باب المرابحة والتولية قوله المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة اورد عليه لو باع دنانير اشتراها بدراهم مرابحة لا يجوز مع صدق التعريف عليه واجيب في تعيين الموضع بانه بيع مرابحة وكونه لا يجوز لشيء آخر واعلم ان معنى السؤال المرابحة جائزة باستثناء شيء وهو ما صدقاته فيجب ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بان المراد نقل ما ملكه مما هو مبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كونه مقابلة ثمنا مطلقا يفيد انما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا ثم انما لم تجز المرابحة في ذلك لان بدل الصرف لا يتعينان فلم يمكن بيع عين الدنانير متعينة ليلتزم مبيعا والذي تورد على التقدير الذي صححناه الايراد بما اذا اشتراه نسيئة بثمن فلا يجوز ان يرابح عليه ... ان يصدق ان نقل

والتولية جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

بالثمن الاول الا ان يقال اذا كان فيه اجل فالثمن الاول بمقابلة شيئين فلم يصدق في اخبارها انه بمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المرابحة غير صحيحة هو بمعنى عدم وجود ما شرط في جوابه السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى اذا ابق العبد المغصوب فقضى بقيمته على الغاصب ثم عاد فللغاصب ان يبيعه مرابحة على القيمة التي اداها لانه بيع مرابحة ولا يصدق عليه نقل ما ملكه بالثمن الاول وكذا اذا باعه مرابحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة او ارث او وصية وقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة انه يجوز صورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا ورقمه كذا فارابحك على القيمة او رقمه كذا ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشتري مقدارا سواء كان قدر الثمن او ازيد ثم يرابحه عليه وهو اذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا فان غبن المشتري فيه فمن قبل جهله والجواب بما حاصله ان الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به كما كان اقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشترى به وصح في الفتاوى الكبرى في مسئلة الغاصب انه يقول قام علي بكذا وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا او رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا والحق انه لا يرد على الاعكس الحد هو ان المرابحة نقل بالثمن الاول مع زيادة ربح والثمن سابق عليه الا السعد علم وما لا يرد ايضا ما كان رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مرابحة على العبد ممن صار اليه العبد بربح معين فانه يجوز مرابحة ولا يصدق عليه انه بمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجاب بان هذا العبد في حكم عبد آخر لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان قوله والبيعان جائزان استدل على جوازهما بالمعنى وهو التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره في التولية احاديث لا شبهة فيها منها ما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف في مرسل سعيد انا ابن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه ويستوفيه الا ان يشرك فيه او يوليه او يقيله وحديث ابي بكر الذي ذكره المص في البخاري عن عائشة رضي الله عنها وفيه ان ابا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم فخذ بابي انت وامي احدى راحلتي هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن اخرجه في بدء الخلق وفي مسند احمد قال صلى الله عليه وسلم قد اخذتها بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان ابو بكر قد اشتراهما بثمانمائة درهم من نعم بني قشير فاخذ احدهما وهو القصوى فما رواه المص صحيح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب ابو بكر رضي الله عنه راحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم افضلهما ثم قال له اركب فداك ابي وامي فقال صلى الله عليه وسلم لا اركب بعيرا ليس لي فقال فهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد اخذتها بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا وذكر السهيلي عن بعض اهل العلم انه سئل لم لم يقبلها الا بالثمن وقد انفق عليه ابو بكر رضي الله عنه من ماله ما هو اكثر من ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة رضي الله عنها ثنتي عشرة اوقية حين قال له ابو بكر رضي الله عنه الا تبني باهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتي عشرة اوقية ونشا والنش نصف اوقية عشرون درهما فقال انما فعل ذلك لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان تكون على اتم احوالها وهو جواب حسن واما المعنى فهو قوله لاستجماع شرائط الجواز ولما لم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية افاد علتها بقوله والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد على فعل المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص بجوازهما بعد الدليل المثبت بجواز البيع مطلقا بما تراضيا عليه بعد ان لا يخل بما علم شرطا للصحة

ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته

بل دليل شرعية البيع مطلقا بشرطه المعلومة هو دليل جوازهما اذ لا زيادة فيهما الا انهما باخبار خاص اذ حاصله انه يبيعه بثمن كذا مخبرا بان ذلك الثمن الذي اشتريت به او مع زيادة كذا رضي بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض يعني الثمن مما له مثل كالنقد والحنطة والشعير وما يكال ويوزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوها لانه لو لم يكن له مثل بان اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا لو رابحه او ولاه اياه كان بيعا بقيمة عبد صفته كذا او بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم انه لا يجوز اما لو كان ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه مرابحة عليه بربح معين كأن يقول ابيعك مرابحة على الثوب الذي بيدك وربح درهم او كر شعير او ربح هذا الثوب جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه من الثمن بخلاف ما لو باعه والحالة هذه بربح ده يازده فانه لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته فان معنى ده يازده كل عشرة احد عشر وهنا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يازده معناه العشرة احد عشر اي كل عشرة ربحها واحد فيقتضي ان يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزم ذلك رفعا للجهالة ولا يثبت ربح فالمرابحة على العبد بده يازده يقتضي انه باعه بالعبد وببعضه او بمثل بعضه وهو كل عشرة اجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم احد عشر درهما كما ذكره هو انه باعه بالعبد وببعض قيمته ومن فروع ذلك اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد اذا اطلقه لان الثمن الاول تعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد وان نسب الربح الى راس المال فقال بعتك بربح العشرة احد عشر او بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلخ قام علي بكذا او باعه بربح مائة او بربح ده يازده فالربح وراس المال على نقد بلخ الا ان يصدقه المشتري انه بنقد نيسابور او تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور دون نقد بلخ في الوزن والجودة ولم يبين فراس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور لم يعلم انه اوزن او اجود فهو بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك ثم علم ان المعتبر في المرابحة ما وقع العقد الاول عليه دون ما دفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا او ثوبا قيمته عشرة اقل او اكثر فان راس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال **قوله** ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصباغ امور كان الصبغ او غيره والطراز والفتل واجرة حمل الطعام برا او بحرا لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به اي براس المال وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته من الطراز والفتل يزيد في العين والحمل من مكان الى مكان يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها فاذا ضم ما ذكر يقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وسوق الغنم والبقر كالحمل لقيمته بخلاف اجرة الراعي والبيت للحفظ لانه لا يزيد في العين ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم وكذا اجرة تعليم العبد صناعة او قرآنا او علما او شعرا لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه اي في المتعلم وهو حذاقته فلم يكن ما انفقه على المعلم موجبا للزيادة في المالية ولا يخفى ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعليم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته الى التعليم كما لا تمنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادة والقابلية شرط فكيف لا وفي المبسوط اضاف نفي ضمهم المنفق في التعليم الى انه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه

[illegible]

برأس المال وكذا لا تلحق اجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لانه نادر لا يلحق بالسابق لانه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف ويضم اجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا يضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل اجرة الدلال لا تضم كل هذا لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا ان يعود عليه شيء متولد منها كالبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا اجر الدابة او العبد او الدار فاخذ اجرته فانه يرابح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة اصاب من بيضها يحتسب بما نال وبما انفق ويضم الباقي ويضم اجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقي الزرع والكرم وكسحه ولو قصر الثوب بنفسه او طين او عمل هذه الاعمال لا يضم شيئا منها وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال او باعارة قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما باقرار البائع او ببينة او بنكوله عن اليمين فقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة متناقض فلا تصح بينته ولا نكوله والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع عليها في التولية حط قدرها وقال ابو يوسف يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وهو قول الشافعي وقال محمد يخير فيهما وهو قول الشافعي لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكون الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بانه الثمن الاول هنا لا يتعلق الانعقاد به انما هو ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الكتابة والخياطة فيفواته بظهور ان الثمن ليس ذلك تخيير ولابي يوسف ان الاصل فيه اي في عقد المرابحة والتولية كونه تولية ومرابحة وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتبار انه تولية ومرابحة عليه وذلك بالحط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المرابحة يحط منه ومن الربح على نسبته حتى لو رابح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر ان الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال وهو الربح خمسه وهو درهم ولابي حنيفة في الفرق بينهما كما قال ابو يوسف في التولية وهو انه لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول والعقد انما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف الى بيع آخر بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر واما في المرابحة لو لم يحط لا يخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف وان كان يتفاوت الربح فانه يظهر ان الربح اكثر مما ظنه المشتري فامكن القول باعتبار العقد ولكن يتخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه واما على قول ابي يوسف فلو هلك المبيع او انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احترازا عما عن محمد من غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على اصله في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة انه يفسخ بعد التحالف فيندفع الضرر عن المشتري برد القيمة ويسترد الثمن قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه من الذي باعه منه بمثل ما باعه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان الربح استغرق الثمن لم يبعه مرابحة الا ان يبين هذا عند ابي حنيفة وهو مذهب احمد وقال ابو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو قول الشافعي ومالك صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ممن باعه منه بعد التقابض فانه يطرح من هذه العشرة التي اشتراه بها الخمسة التي ربحها فيبيعه مرابحة على خمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه ممن باعه منه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا الا ان يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة

قال وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد لأن في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول **قال** وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لأن هذا البيع وإن قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح

وأما أنه يبيعه مرابحة كذا على هذه الشروط وضعا أنه يبيعه مرابحة على الثمن الأخير وهو خمسة في الفصلين من غير بيان لهما أن العقد الثاني وإن كان كمن اشتراه فهو عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول ولهذا لو كان في الأول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة أو وضيعة ولهذا لو كان أصله هبة أو ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الأخير ولا يعتبر ما كان قبله وإلا لم تجز المرابحة أصلا وهذا لأن بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن اختلاف الأسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار كما لو تخلل ثالث بأن اشترى بعشرة ثم باعه بخمسة عشر من رجل ثم اشترى منه بعشرين ولأبي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به أي بالعقد الثاني بعد ما كان على شرف السقوط من ذلك الربح بأن يطلع المشتري على عيب فيرده فيزول الربح عنه فإذا اشتراه منه تأكد أي تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بالارتداد وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسألتنا مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فيكون الخمسة بإزاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب لأن الشبهة في المرابحة كالحقيقة ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة لأن الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه مرابحة على خمسة فإن قيل لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين على أنه بهذا التقدير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهي حصول الثوب بلا عوض أجيب بأن التأكيد إنما جعل له شبهة الإيجاب احترازا عن الخيانة وذلك تحقق بالنسبة إلى العباد لا بالنسبة إلى الشرع وشرعية المرابحة لمعنى راجع إلى العباد لا الشرع ولهذا إذا رضي المشتري به وقد علم يجوز ولو كان بحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في بيع الربا لو رضيا به وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بعشرة وأجيب بأنه ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وإن كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت بهذه الوكالة إلا في عقد يجري فيه الربا والعينا ليس فيه معنى زيادة في الثمن بخلاف ما إذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا بمعنى يزداد في الثمن بخلاف ما إذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة لأنه ما دل إليه ما ليس من جنس الثمن الأول لا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة وكذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وفيها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعي في ذلك وبخلاف ما لو تخلل الثالث لأن تأكد الربح بالبيع من الثالث

ووقوع الأمن من البطلان به فلا يستفيد المشتري الأول بالشراء الثاني تأكيد الربح وههنا بخلافه **قوله** وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه أي المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا إذا كان المولى اشتراه بعشرة فباعه من العبد بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد مرابحة على عشرة لأن هذا العقد يعني الذي جرى بين العبد والمولى وإن كان صحيحا لإفادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه وتسليم المولى من كسبه ما لم يكن سالما فإنه شبهة العدم لأن الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يستبقي ما في يده لنفقته ويقضي دينه من عنده وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة إذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملكه لنفسه من نفسه واشترى ملكه لنفسه ولكن للفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر أنه جائز مع المنافي وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للعقد الأول وهو الكائن بعشرة فيصير كأن العبد اشتراه بعشرة لأجل المولى في الفصل الأول وهو ما إذا اشتراه العبد وكأنه يبيعه لأجل المولى في الفصل الثاني فهو ما إذا باعه المولى من عبده فكان المعتبر الثمن الأول وهذه المسألة بالاتفاق وكذا إ

قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطء

المأذون يكاتب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدما في حكم المرابحة يفيد انه انما اعتبر عدما للمرابحة لا لكونه معدوما من وجه وسببه ان المرابحة بيع امانة تنفى عنه كل تهمة وخيانة والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بانه اشتراه منه بزيادة وباعه منه كذلك ولهذا قال ابو حنيفة لو اشترى شيئا من ابيه او امه او ولده او ولد ولده او اشترى من مكاتبه لا يبيع واحد منهما مرابحة الا على الثمن الذي قام على البائع الا انهما خالفاه في هذه فقالا يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا كالاخوين وابو حنيفة يقول يحصل لكل من هؤلاء كالحاصل للآخر ولهذا لا تقبل شهادة احدهم للآخر وتجري المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور وهو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة والمشايخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضي خان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال عبد مأذون عليه دين محيط برقبته او غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين اصلا كشمس الائمة في المبسوط فقال اذا اشترى من عبده او امته او مكاتبه او عبده ولا شك ان تركه ذكره عدمه حق الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يرابح الا على الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه اجنبي من كسبه فلان لا يرابح الا عليه فيما اذا لم يكن عليه دين اولى لانه لا ينعقد العقد الثاني اصلا لانه يبيع ماله من نفسه او يشتريه وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه سلعة ان كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشتراه ولا يبين وان كانت من شركتهما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الاول نحو ان يكون السلعة اشتريت بالف من شركتهما فاشتراها احدهما من صاحبه بالف ومائتين فانه يبيعها مرابحة على الف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع انه اشترى ماله بماله وهو وجه المنع لزفر كما اجزناه لما فيه من فائدة استفادة ولاية التصرف وهو المقصود بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه اي المضارب وكيل عنه اي عن رب المال في البيع الاول من وجه وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جائز ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى اذا اشترى لا يجوز حجر رب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وان لم يكن في المال ربح فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح الذي هو حصة رب المال كما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على اقل الثمنين لا احتياطا على حصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك القدر بمنزلة الاجنبي فلا يتهم فيه فلو اشترى باساقه فاقتسما فاخذها ان يبيع نصيبه مرابحة على من الثمن ان كانت القسمة استيفاء محضا كالكيلي والوزني والعددي المتقارب جاز بيعه مرابحة وان كان مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة لانها على التقويم وهو ممتنع في المرابحة كما ذكرنا قوله ومن اشترى جارية فاعورت اي من غير صنع احد بل بآفة سماوية او بصنعها بنفسها بيعها مرابحة ولا يبين انه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور وكذا لو وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطء وهذا لان الاوصاف لا يقابلها جزء من الثمن لانها تابعة ما لم تكن مقصودة بالاتلاف ولهذا لو فاتت قبل التسليم الى المشتري بعد العقد لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها جزء من الثمن وعن ابي يوسف في الفصل الاول وهو ما اذا عورت الجارية انه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق لما ذكر وبقوله واما اذا فقئ عينها بنفسه او فقأها اجنبي بامر المشتري او بغير امره فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين والتقييد بفقء المشتري والاجنبي

وعن ابي يوسف رح في الفصل الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح فاما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه

احتراز عما لو فقئت عينها بنفسها فانه كما بالآفة السماوية لانه هدر فلا يكون المشتري حابسا شيئا واخذ الارش ليس بقيد بل لو عفى الاجنبي لا يرابح بلا بيان لتحقق وجوب الضمان والفرق لنا انه صار مقصودا بالاتلاف فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره فيقابل بعض الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومنها لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار او طيها فتغير يبيعه مرابحة من غير بيان وقرض بالقاف وذكره ابو اليسر بالفاء ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لزمه البيان لانه بفعله قال الفقيه ابو الليث وقول زفر اجود وبه نأخذ واختياره هذا حسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره انها انتقصت ايهام للمشتري ان الثمن المذكور كان لها ناقصة والعادة انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم ياخذها معيبة الا بحطيطة وقد ذكر اول الباب ان سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبي ان الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها بما اشترى بزيادة ربح نظرا انه قيمتها وهذا يبين انه لا يريد شراءها الا بقيمتها كي لا يغبن وانه لو علمه لم يرض فكان سكوته تغريرا له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد ان ذلك اذا انقصه العيب شيئا يسيرا فان نقصه قدر ما لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة يعني بلا بيان لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بامر الله تعالى فانه لا يجب عليه ان يبين انه اشتراه في حال غلائه به وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ الزام لهم واستشكل على قوله الفائت وصف لا يقابله شيء من الثمن بما اشترى على ان الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان واجيب بان الاجل يعطى لاجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن بما اذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها وان كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشتري بالوطء حابسا جزءا من المبيع عنده واجيب بان عدم الرد في هذا ليس لما ذكرت بل لانه لو ردها فاما مع العقر احترازا عن الوطء مجانا او من غير عقر لا وجه الى الاول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لانه لا يرد على الزيادة ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملكه ويسلم للمشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لانه يسلم كلها للموهوب بلا عوض فيجوز ان يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في صورة البيع ان ينفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبائع زيادة متولدة من العين او شيء وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر وكذا الوطء فروع لو اصاب من غلة الدار والدابة شيئا رابح بالاتفاق لان الغلة ليست متولدة وانما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة بخلاف لو اصاب من لبن الغنم وصوفها انه اذا ربح يسقط من راس المال قدر ما اصابه من ذلك ويقول قام علي بكذا وتقدم انه اذا انفق في طعام الرقيق والدواب يضمه بغير السرف ولو ولدت الجارية او الغنم او اثمر النخيل جاز بيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه ولان نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب منها لانها متولدة من العين والمتولد جزء المبيع وكذا اذا استهلك الالبان والسمن فانه لا يبيع الا ببيان وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مرابحة او تولية او وضيعة فالثمن بينهما اثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه يقابله الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وملكهما في العبد سواء بخلاف تلك العقود فان الثمن فيها مبني على الاول ولو حط البائع الاول من الثمن بعد ما باعه المشتري مرابحة فانه يحط ذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء واصله ان الحط يلتحق باصل العقد عندنا وعنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كان العقد عقد لما بقي ويثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا

قال ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فإن شاء رده وإن شاء قبل لأن للأجل شبها بالمبيع ألا يرى أنه يزاد في الثمن لأجل الأجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فإذا ظهرت يخير كما في العيب وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن قال فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن شاء لأن الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لأنه بناء على الثمن الأول وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرناه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الإنفاق وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فإن أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأن الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه وإذا علم في المجلس إنما يتخير لأن الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

بخلاف الحط الكل في المرابحة والتولية فإن له أن يرابح على كل الثمن ويوليه **قوله** ومن اشترى غلاما أو غيره بألف نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين أنه اشتراه نسيئة بألف فعلم المشتري بذلك فله الخيار إن شاء رده وإن شاء قبل بألف والمائة حالة وإنما ثبت له الخيار لأن للأجل شبها بالمبيع ألا ترى أنه يزاد في الثمن لأجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين بالألف وباع أحدهما بها على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعا حقيقة فإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فإذا ظهرت يخير على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد ولو فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزاد لأجل الأجل هذا إذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع فلو علم بعد هلاكه واستهلاكه لزمه بألف ومائة حالة لأن الأجل لا يقابله شيء حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد رأي فقد تعذر بعد هلاكه وكذا لو كان ولاه إياه ولم يبين أنه اشتراه إلى أجل المشتري قبل الهلاك يعني ثبت له خيار الرد وقبوله بالألف الحالة ولو فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا من أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن أبي يوسف أن بعد الهلاك يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير قوله فيما إذا استوفى صاحب الدين من مديونه مكان الدين الجياد زيوفا وهو لا يعلم بها فأنفقها حتى انتفعا فإنه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد وسيأتيك إن شاء الله تعالى في مسائل منثورة وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قال الفقيه أبو جعفر الهندواني ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التنجيم قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن ما كان إلا حالا في العقد أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط أجل فلم ينقده إلى شهر مطلا فلا شك أنه يبيعه مرابحة بالألف **قوله** ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فإن أعلمه البائع يعني في المجلس ما قام به عليه فهو بالخيار إن شاء أخذ المبيع وإن شاء رده قيل لأن الفساد وإن كان في صلب العقد لكنه لم يتقرر وإنما يتقرر بمضي المجلس وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا بعرضية الصحة وهو الصحيح بخلاف ما روي عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات اعتبر ساعاته في حكم ساعة واحدة كما لو وقعا معا كان تأخير البيان أي بيان قدر الثمن كتأخير القبول إلى آخر المجلس فإنه يجوز ويتصل بالإيجاب السابق أول المجلس كذا هنا يكون سكوته عن تعيين الثمن حتى يتحقق الفساد موقوفا فإن تبين فيه اتصل بالإيجاب الذي سكت فيه عنه وإن انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا وإنما يتخير بعد العلم في المجلس لأن الرضى لم يتم قبله فلم يتم البيع كما في خيار الرؤية لم يتم الرضى قبل الرؤية فعند وجودها يتخير **فروع** اشترى ثوبا ليس له أن يرابح على ذراع منه لأن الثمن لا ينقسم على ذرعانه ولو رابح على الكل نسبة معلومة منه كنصفه أو ثلثه جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وإن شاء باع كله مرابحة على ثلاثمائة ويقول قام علي بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يرابح على الثمن كله ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يرابح إلا على الباقي ولو باعه بالثمن عرضا أو أعطى به رهنا فهلك كان له أن يرابح على الثمن لأنه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جيادا ونقده زيوفا فتجوز بها البائع فله أن يرابح على عشرة جياد ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة وكذا إن باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو إقالة له أن يرابح على الثمن الذي كان اشتراه به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع إليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لأنه ما عاد إليه الملك المستفاد بالشراء الأول ولو وجد بالمبيع عيبا فرضي به له أن يبيعه مرابحة من الثمن الذي اشتراه به لأن الثابت له خيار فإسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة

فصل ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك

كما لو كان فيه خيار الشرط او رؤية وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له ان يبيعه مرابحة على ما اخذ به بلا ذكر ان الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئاً بغبن فاحش لا يبين له على انسان وهو لا يشتري بذلك القدر يا بعين فليس له ان يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين بالدين ممن له عليه الدين بلا تبايع بمثله جاز ان يرابح عليه سواء اخذ بلفظ الشراء او بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه انه اذا علم ثمنه وجب ان يربح عليه لان منع المرابحة ما كان الا للتهمة الحطيطة فاذا تيقن انتفاؤها ارتفع المانع منه وبين الله تعالى ولو اشترى رزمة ثياب فاقتسما ليس لاحدهما ان يبيع ما خصه مرابحة بخلاف ما لو اشتريا كيلياً او وزنياً واحداً فاقتسما حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحد فقومها ثوباً ثوباً ليس له ان يبيع ثوباً منها مرابحة على ما قومه الا اذا قدمنا من انه يقول قيمته هذا الف وقوم هذا كذا وانا ابيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر في الرقم انه يذكر بين ثمنه الا ولو اسلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة فليس له ان يبيع احدهما مرابحة على نصف رأس المال السلم عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز ولو باع نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوباً واحداً ليس له ذلك وان كان مثلياً وهو جنس واحد كطعام اكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف اعني الذرعان ولا ينقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي ان يرابح في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثياباً صفقة واحدة كل ثوب بكذا فله ان يبيع كل واحد مرابحة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد لا يرابح حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة ده يازده فطريقه ان يجعل كل درهم من رأس المال احد عشر جزءاً فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزأ من احد عشر جزأ من درهم

فصل ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه الثمن انما اقتصر على البيع ولم يقل ان يتصرف فيه ليكون اتفاقية فان محمداً يجيز الهبة والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه اخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قد رواه ابن عباس ايضاً قال واحسب كل شيء مثل الطعام اخرجه عنه ائمة الكتب الستة وعضد قوله ما روى ابو داود عن ابي اسحق عن ابن عمر قال ابتعت زيتاً في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني فيه ربحاً حسناً فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالحديث واخرج النسائي ايضاً في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع وابيعها فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه ورواه احمد في مسنده وابن حبان وقال هذا حديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس فيه ابن عصمة والى ان المخرجين منهم من يدخل ابن عصمة بين يوسف بن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصمة ضعيف جداً في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصمة مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف بن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن اصبغ بسماعه منه والصحيح ان بينهما عبد الله بن عصمة الجشمي الحجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن قطان وكلاهما مخطئ وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي او غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة انتهى كلامه فالحق ان الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالإجارة ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والإجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر

بغير العقار لأبي حنيفة يذكر هناك والأحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث بأن فيه غرر انفساخ العقد الأول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى أن أثره إنما التصرف في أبدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائز فلا يفسدها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها وبدل الخلع للزوج والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز إذا كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلنا هذا وقد ألحقوا بالبيع غيره فلا تجوز إجارته إذا كانت الأجرة عينا ولا هبته ولا التصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا لو أقرضه أو رهنه من غير بائعه فلا يجوز شيء من ذلك وإذا أجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الأجرة إذا كانت عينا قبل قبضها أولى فالأصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والأجرة إذا كانت عينا في الإجارة وبدل الصلح عن الدين إذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك ولا أن يشرك فيه غيره إلى آخر ما ذكرنا وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر إذا كان عينا وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك إذا كان عينا يجوز بيعه وهبته وإجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول أبي يوسف ولو أوصى قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالإجماع لأن الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا إذا أوصى به ثم قال محمد رحمه الله كل تصرف لا يتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض هو جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه أن تمام هذا العقد لا يكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فإنها تجوز إذا سلطه على قبضه إذ لا مانع فإنه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال أطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع أيضا وهذه التصرفات تبتني على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه وكان قاصرا في حق إطلاق التصرف وأما العتق عن كفارتي فإنه طلب التمليك لا تصرف مبني على الملك القائم فإن قيل لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب أنه أضعف لأن ما يتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر سببا قبل القبض ولأن اعتباره بعده يسد باب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الإقالة فإن قيل هذا النهي باعتبار أمر مجاور فينبغي أن لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء أجيب بأن الغرر في البيع لا مجاور له فإنه لا يعلم أنه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك وأورد على التأثير أن بعد تسليم أن البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض أي امتناع فيه فليكن كذلك وغايته الأمر أنه ظهر أن البيع الثاني لم يصح فيتراد أن مثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قوله الآخر وقال محمد لا يجوز وهو قول أبي يوسف الأول وقول الشافعي اعتبارا بالمنقول ورجوعا إلى إطلاق الحديث يعني عمومه وهو ما في حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فإنه خاص بالمنقول أعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم وللنهي عن ربح ما لم يضمن ولو باع العقار يربح فيلزمه ربح ما لم يضمن وصار بيع العقار كإجارته وإجارته قبل قبضه لا تجوز فكذا بيعه ولأن السبب وهو البيع إنما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك إنما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء ولهما أي لأبي حنيفة وأبي يوسف أن ركن البيع صدر من أهله في محله والمانع المثير للنهي هو غرر الانفساخ بالهلاك

قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر

منتف فان هلاك العقار نادر والنادر لا عبرة به ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب ابي حنيفة في موضع لا يخشى عليه ان يصير بحرا او تغلب عليه الرمال واما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر او كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدل به معلول بما في بعض الفاظه والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه ظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بالقبض لان العتق في استيعاب الملك لتمام نوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق وانما قلنا التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين قبل التسليم لزم قيمته ولم ينفسخ النكاح واورد انه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومه فيؤدي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع والجواب انه خص منه اشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين ان تمليكه غيره والمطلق في قيمته جائز وكذا اخذ الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك ان ذلك شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض واما الالحاق بالاجارة ففي منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية ان الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تمييزه بان نذكر ما تميز به المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان ابدا وذوات القيم مبيعة ابدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة او بالاعيان وهي معينة ثمن وغير معينة فمبيعة كمن قال اشتريت كرا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيد المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو ادخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الالحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم اقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبي لا يجوز وللشافعي قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل احد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبي قوله ومن اشترى كيلا مكايلة او موزونا موازنة اي اشتراه على انه كذا كيلا او رطلا فكاله او وزنه لنفسه ثم باعه مكايلة او موازنة في الموزون لم يجز للمشتري منه بيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وروي من حديث جابر كذا لكن بلفظ الصاعان مرفوعا اسنده عنه ابن ماجة واسحق بن ابي شيبة عن محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى ولفظه من حديث ابي هريرة يزاد فيه فيكون لصاحب الزيادة وعليه النقصان رواه البزار ثنا محمد بن عبد الرحمن ثنا مسلم الجرمي ثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة وقال لا نعلمه يروى عن ابي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان آخران عن انس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق انبأنا معمر عن يحيى بن ابي كثير ان عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويجعلانه في غرائر ثم يبيعانه بذلك الكيل فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعا حتى يكيلا لمن ابتاع منهما فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي واحمد وجعله الفقهاء من تمام القبض اذ بالكيل تمييز حقه عن حق البائع فحسن ان يكون القبض وان لم يتضح ما له عند البائع او مال البائع عنده فالحق بشبهة البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما اشبهها والحقوا بالمكيل والموزون وينبغي الحاق المعدود

ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوما ولا تسليم إلا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين والصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم إن شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لأنه ليس بمال الربا وكالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع

الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض إذا اشترى معادة وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فأفسد البيع قبل العد ثانيا للاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين فإن الزيادة فيه للبائع خلافا لما روي عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها فلو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع لأنه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فإذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما إذا كان المكيل والموزون مبيعا فلو كان ثمنا بأن اشترى بهذا البر على أنه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لأنه التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فأولى أن يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى أن ظاهر النص منع بيع الطعام إلا مكايلة ويقتضي منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في أن ظاهره متروك وأنه محمول على ما إذا وقع البيع مكايلة أما إذا اشتراه مجازفة في بيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لأن كل المشار إليه له فلا يتصور اختلاط الملكين وقول المصنف فيه لأن الزيادة له قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه فإن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما إذا اشتراه البائع مكايلة وباعه كذلك أما إذا اشتراه مجازفة فإنما يحتاج إذا باعه مكايلة إلى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه لنفسه فهو محمول على ما إذا كان البائع اشتراه مكايلة أما لو كان ملكه بالإرث أو الزراعة أو اشتراه مجازفة أو استقرض حنطة على أنها كر فإنها لا يحتاج إلى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وإن كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لأن ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ولو اشتراه مكايلة ثم باعه مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز وإذا عرف أن سبب النهي أمر يرجع إلى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على أنه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال إنه أكل حراما لأنه أكل ملك نفسه إلا أنه آثم لتركه ما أمر به من الكيل وكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا إذا قبضها فملكها ثم أكلها وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا يبين ليس كل ما لا يحل أكله إذا أكله أن يقال فيه أكل حراما قوله ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع من المشتري الثاني وإن كان كاله لنفسه بحضرة المشتري عن شرائه هو لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط بالنص ولا بكيله بعد البيع الثاني بغيبة المشتري وغيبته يكيله في القبض أن التسليم إلى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور لتسليم القدر الواجب وإن كاله أو وزنه بعد القبض بحضرة المشتري ففيه اختلاف المشايخ قال عامتهم يكفيه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه إذا قبضه وعند بعضهم لا بد من الكيل والوزن مرتين احتجاجا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لأن الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بكيل الكيل واتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث إذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأحل رب السلم وأمر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فإن في ذلك يشترط صاعان صاع للمسلم إليه وصاع لرب السلم فيكيله المسلم إليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغيبته لأن شئنا التسليم من الغائب لا يتحقق الاحتمال فلا يجوز ويصرح بنفيه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة إذا كال البائع قفيزا منها بغير حضرة المشتري فهلكت الصبرة فإنه تم في القفيز ما بقي ولا تم به إلا بحضرته ومن هنا يتفرع وهو الوكيل بطعام بحضرة رجل ثم اشتراه الرجل في المجلس ثم باعه مكايلة قيل له أن يكيله بعد شرائه لا يجوز البيع سواء كاله المشتري منه أو لا لأنه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز قوله والتصرف في الثمن قبل القبض جائز بالبيع والهبة والإجارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين عندنا سوى بدل الصرف والسلم لأن الملك مطلق وكان القياس ذلك أيضا في المبيع إلا أنه منع بالنص لغرر الانفساخ

قال ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذلك الحط لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برا مبتدأ ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لأنه تبديل له لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا

وليس في الثمن ذلك لأنه إذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع فتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعد الانفساخ بالهلاك كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها إلا بدل الصرف والسلم لأن للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز كذا في الصرف ورأس مال السلم وهو ما في السنن الأربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير فآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبه فسألته فقال إذا أخذت واحدا منهما بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فإن هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث سماك لا يضره وإن كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سماك وأنا أهابه لأن المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لأنه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولأن الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للأثر أنه لم يكن يقبض أحد النقدين عن الآخر مستمرا من غير أن يكون عرفه من النبي صلى الله عليه وسلم وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لأنه صرف فمنع النسيئة فيه وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف المورث في الملك وكان للميت ذلك التصرف فكذا الوارث وكذا الموصى له لأن الوصية أخت الميراث **قوله** ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع

ويجوز أن يحط عن الثمن وسنذكر شرط كل منهما ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الزيادة إذا كان الثمن حالا وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل إعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع أصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم الباقي بعد الحط وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان أي الزيادة والحط على اعتبار الالتحاق بأصل العقد بل الزيادة بر مبتدأ من البائع والمشتري والحط إبراء عن بعض الثمن حتى لو رده يرده بدونه وجه قولهما أن المبيع دخل في ملك المشتري بالعقد الأول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو الزيادة بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جاز الزيادة في المبيع كان المزيد عوضا عن ملكه أعني الثمن قلنا إنما يلزم ما ذكرتم لو التحقا بالعقد مع عدم تغييره لكنا إنما قلنا إنهما بالزيادة والحط غيرا العقد عن جهة الأول وهو كونه بذلك القدر إلى كونه بهذا القدر وإنما أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة إلى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود إلى إعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الأول فتحويله من عدم اللزوم إلى اللزوم بإسقاط الخيار وعكسه بإلحاق الخيار وكذا من كونه حالا إلى مؤجل بإلحاق الأجل كما سنذكر في تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني فبالإقالة وهي تعيده إلى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه رابحا إلى خاسر أو خاسرا إلى رابح أو إلى كونه عدلا وثبت صحة الحط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة تبيين أنهما إذا تراضيا بعد تقرر المهر على حط بعضه أو زيادته جاز وإذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة إذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به إذ وصف الشيء يقوم به بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله إذ يصير البدل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة إلى عقد التبرع فلا يلتحق به وإذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه إلى آخر ما ذكرنا ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فتجوز المرابحة على الكل من الأصل والزائد ويجب أن يرابح على المبيع الأول وزيادة البائع مبيعا الأول فقط وكذا التولية ويباشر العقد في المرابحة والتولية على الباقي بعد الحط وكذا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بالباقي فقط وإن قيل لو التحق لزم أن يأخذ الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من الأصل والزائد وهو منتف بل لا يأخذ إلا بدون الزيادة ويقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة إلى الشفيع أجاب بقوله وإنما كان للشفيع أن يأخذ في صورة الزيادة بدون الزيادة لما في الزيادة

قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا مؤقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

من ابطال حقه الثابت قبلها فان بمجرد العقد الاول تعلق حقه باخذ ما وقع عليه التراضي الاول وعقده والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منهما يبطل حقه ولا ينفذ تصرفهما ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال ثم الزيادة الخ يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد والدابة او حكما بان اعتقه او دبره او كاتبه او استولدها او باع او وهب وسلم او اجر او رهن ثم باعه من المستاجر والمرتهن او طبخ اللحم او طحن الحنطة او نسج الغزل او تخمر العصير او اسلم مشتري الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب احق بها اذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها قيام الزوجية فلو زاد بعد موتها لا يصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا اذا اجر او رهن او خاط الثوب او اتخذ الحديد سيفا او قطع يد المبيع فاخذ المشتري ارشه تثبت الزيادة في كل هذا وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك لانه لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والالتحاق وان كان يقع مستندا فالمستند لابد ان يثبت اولا في الحال ثم يستند وثبوته منتف لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا يبرم بالاجازة اذا كان المبيع هالكا وقتها وقوله على ظاهر الرواية احتراز عما روى الحسن في غير رواية الاصول عن ابي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه ذكره في المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئا بمقابلته كما لو خالع امرأة مع اجنبي او صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيئا بمقابلته هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع وكذا ذكر في المنتقى ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن بخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المبيع لان بعد الهلاك بحيث يمكن حط البدل اي الثمن عما يقابله وحاصلها اخراج القدر المحطوط عن ان يكون ثمنا فانما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط ملتحقا باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فاستقر عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح **قوله** ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلا بالتاجيل هو قول زفر لانه بعد ان كان حالا ليس الا وعدا بالتاخير قلنا الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتاجيل فانه يقول لا شك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التاخير شرعا اذا اخر وقوله الا ترى الى آخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو ان الشرع اثبت عند اسقاطه السقوط والتاجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر لا يجوز ولا يجوز التاجيل به ابتداء وان كانت يسيرة كالحصاد والدياس يجوز ويلزم كما اذا كفل اليها وقد ذكرناه من قبل يعني في باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسده بل فيما هو دين وكل دين اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح ولو شرط الاجل في ابتداء القرض بطل الاجل وعند مالك يصح ايضا لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولو مات المقرض فاجل ورثته صرح قاضي خان بانه لا يصح كما لو اجل المقرض وقول صاحب المبسوط ينبغي ان يصح على قول البعض لا يعارض ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين ان يؤجل بعد استهلاك القرض او قبله هو الصحيح وليس تاجيل القرض تاجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة او باستهلاكها لا يصير قرضا والحيلة في لزوم تاجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على احد بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم ح ووجه المسئلة ان القرض صلة واعارة في الابتداء حتى صح القرض بلفظ

باب الربوا

قال الربوا محرم فى كل مكيل او موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا فالعلة عندنا الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضى الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثانى بيعوا

الوصى هذه الالات مثل الخشكى ونحوه ولهذا لا يملكه من لا يملك الصلوة والتبرعات كالوصى والصبى والعبد المكاتب ومعاوضة فى الانتهاء لانه اعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك فاخذ مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل كما لا يلزم تاجيل الاعارة فانه لو اعار المتاع الى شهر كان له ان يسترده فى الحال اذ لا تاجيل فى التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح ايضا لانه تصير هذه المعاوضة بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا ولانه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع شيئا كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافى موضع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفى السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم المثل المردود حكم العين كانه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض فى المجلس فلزم اعتبار ما شرعا كالعين واذا جعلت كالعين فالتاجيل فى الاعيان لا يصح بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف فلان الى سنة حيث يلزم ذلك من ثلثه لانه وصية بالتبرع فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع انه لو اعاره عبده وداره سنة كان له ان يسترده فى الحال وهذا لان باب الوصية اوسع من سائر التصرفات الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه جاز وان كانت الثمرة معدومة فى الحال رعاية لحق الموصى ونظرا له فضلا من الله ورحمة وللرحمة عليه اجازها الشرع وكان القياس ان لا يصح لانها تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته والله تعالى اعلم

باب الربوا هو من البيوع المنهية قطعا بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا بسبب زيادة فيه فمناسبته بالمرابحة ان فى كل منها زيادة الا ان تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل فى الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربوا بكسر الراء وفتحها خطأ **قوله** الربوا فى كل مكيل او موزون بيع بجنسه فى عدة من النسخ الربوا محرم فى كل مكيل الى آخره وفى كثير منها زيادة متفاضلا الربوا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تأكلوا الربوا اى الزائد فى القرض والسلف على المدفوع والزيادة فى بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة اعنى بالمعنى المصدرى ومنه واحل الله البيع وحرم الربوا اى حرم ان يزاد فى القرض والسلف على القدر المدفوع وان يزاد فى بيع تلك الاموال بجنسها قدر ليس مثله فى الآخر لانه فعل والحكم يتعلق به ولا شك ان فى قوله الربوا فى كل مكيل الاول بغير لفظ محرم لا يراد كل منهما لانه كذب على اسقاط لفظ متفاضلا ولا فائدة فيه بتقدير اثباتها فكان المراد حكم الربوا وهو الحرمة واما استعمال الربوا فى الحرمة فيكون لفظ الربوا مجازا او على حذفه وارادته فيكون من مجاز الحذف والربوا المراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره اى حرمة الزيادة ثابتة فى كل مكيل ثم قوله فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس مرتبا بالفاء لما عرف ان الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته ولا ترتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه ان العلة الكيل مع الجنس وقد يقال بدل الكيل والوزن القدر وهو اشمل واخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل الذرع والعد وليس من اموال الربوا اى علة تحريم الزيادة كونه كيلا او وزنا مع اتحاد البدلين فى الجنس فهى علة مركبة والاصل فيه الحديث المشهور واخرج الستة الا البخارى عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلف هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد واخرج مسلم من حديث ابى سعيد الخدرى قال قال عليه الصلوة والسلام مثله سواء وزنا وبعد قوله يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى واخرج مسلم ايضا عن ابى سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد اربى الا ما اختلفت الوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير فى هذه الروايات كلها بيعوا مثلا بمثل واما رواية مثل بالرفع ففى رواية محمد بن الحسن ثنا ابو حنيفة عن عطية العوفى عن ابى سعيد الخدرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

والحكم معلول بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً والحكم قد يدور مع الشرط ولنا أنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع إذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة لأموال الناس عن التوى أو تتميماً للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا

أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يداً بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يداً بيد والفضل ربا وهكذا قال إلى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف بإسناده إلى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يداً بيد هكذا إلى آخر الأشياء الستة وذكر التمر بعد الملح آخراً وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها إلى أن قال ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يداً بيد وأما نسيئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يداً بيد وأما النسيئة فلا انتهى ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير قوله والحكم يعني حرمة الربا ووجوب التسوية معلول بإجماع القائسين أي القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فإن عندهم حكم الربا مقتصر على الأشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلأنهم ينفون القياس وأما عثمان البتي فلأنه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولأنه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله لا تبيعوا الصاع بالصاعين كما سيأتي عند الشافعي دليل وسنقيم عليه الدليل وأما إبطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به والإبطال الممنوع هو الإبطال بالنقص لا بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لأن عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها وممن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو أيضاً مأثور عن قتادة وطاوس قيل فالتحريم قوله بإجماع القائسين قوله لكن العلة عندنا ما ذكرناه يعني القدر والجنس فعندنا باجتماعهما يحرم التفاضل والنساء وبأحدهما منفرداً يحرم النساء ويحل التفاضل كما سيأتي وعند الشافعية الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص من الحرمة وهي أعني الحرمة الأصل وعند مالك العلة الاقتيات والادخار وكلما يقتات ويدخر فهو ربوي وما فلا لأنه عد من البر وأكثر منه ليفيد لكل معنى ظاهر فيه فنبه بالبر على مقتات تعم الحاجة إليه وتقوم الأبدان به والشعير يشاركه فيه مع كونه علفاً وقوتاً لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالباً كالسكر والزبيب وبالملح على ما أصلح القتات من المأكولات فهو في حكمها فيلحق الأبازير وما في معناها والذهب والفضة معللان بعلة قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الأشياء وأصول الأثمان وقال الشافعي رحمه الله في القديم العلة الطعم مع الكيل أو الوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الأربعة والثمنية في النقدين ومنهم من يجعلها عينهما والتعدي إلى الفلوس الرائجة وجه والصحيح أنه لا ربا فيه لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول أحمد في رواية والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم شيئاً وعلى الجديد يحرم الربا في الماء وجه قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلاً بمثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم وكان مبدأ الاشتقاق علته وروى لا تبيعوا الطعام الخ فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها إذ لو اقتصر على لا تبيعوا الطعام بالطعام لحرم بيع أحدهما بالآخر مطلقاً فلم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لأنها هي الأصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص إذ تجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفيد أنها علة منصوصة فلو أخذنا في استنباط علته أدانا إلى هذه العلة أيضاً ووجهه أنه نص على شرطي التقابض والتماثل وهذا الاشتراط يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التي بها يتوصل إلى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الأصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات ولا أثر للجنسية والقدر في ذلك أي

والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار لم توجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية

في اظهار العزة والخطر فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان ولنا انه اي النص المشهور اوجب التماثل شرطا للبيع وايجاب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث اذ لابد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا اي بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل وبهذا تبين ان الاباحة في بيع الاموال الربوية بعضها ببعض هي الاصل وقوله لا تبيعوا الطعام الحديث انما ينصرف النهي الى ما بعد الا فصار اخراجا زائدا الا ركنا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك ان في ايجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المنبئ عن التقابل اذ كان عقد معاوضة فاستدعى عوضين كما ان المماثلة تستدعي شيئين وكذا تحقق معناه بالتماثل فان كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعي العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليتم معنى البيع له واوجب المماثلة صيانة لاموال الناس عن التوى فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء الكل جزءا فاذا كان فضل في احدهما صار ذلك الفضل تاويا على مالكه فالقصد صيانة اموال الناس عن التوى اوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل المال بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في احد الجهتين ثم من تتميم التماثل المساواة في التقابض فان للحال مزية على المؤخر فايجاب التقابض اليه لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم اموالهم والمماثلة بين الشيئين تامها باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية يسوي المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد وعلمت ان الخالي في المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل او الوزن مع الجنس ولم يعتبر في اثبات المماثلة عدم تفاوت الوصف اما لانه لا يعد تفاوتا عرفا وفيه نظر او لان في اعتباره سد باب البياعات وهو الوجه لانه قل ما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت ما فلم يعتبر وقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء ان صح بقيده والا فهو مستفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وحقيقة اهدار ما ذكرنا وعند تأمل هذا الكلام يتبادر ان المتناظرين لم يتواردا على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهؤلاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه ان يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات الى آخر ما ذكر عندهم وعندنا هي قصد صيانة اموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في المقدار والتقابض اظهر من ان يخفى على من له ادنى لب فضلا عن فقيه اما الطعم فربما يكون التعليل به منافيا للوضع لان الطعم مما تشتد الحاجة اليه تشتد لا ما والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بابلغ الوجوه دون التضييق فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان ان ما كان الحاجة اليه اكثر كان اطلاق الشرع فيه اوسع كالماء والكلأ للدواب فان قيل الترتيب على المشتق علية قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم على انا نمنع ان الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب مأكولهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام الآن ترى ان مالكا فيما قدمنا اجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يؤكل او يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخر عمه والحاقه بالبضع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتذال والاباحة وكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان اصلها الاباحة ويوجد كثير منها مباحا حتى الذهب والفضة وانما لزم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا للمفسدة فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعا للحوائج الاصلية فالحاقها به

قال: وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنسأ لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة وإذا وجدا حرم التفاضل والنسأ لوجود العلة وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النسأ مثل أن يسلم هرويا في هروي أو حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النسأ بأحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسأ لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا إلى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وإن جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين

صحيح إلا أنهم لما حصروا المعرف في الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فأجازوا بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة ولم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الإتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب أما فيه فكلام فخر الإسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا لأن الجوزة ليس مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت إلا أن الناس أهدروا التفاوت فقيل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فإن أبى إلا أن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد والذي حصل لهما وعند الشافعي لما كانت العلة الطعم حرم الحفنة والتفاحة بتفاحتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا إذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع فإن بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع بحفنة فصاعدا بحفنة وفي جميع التفاريق قيل لا رواية في حفنة بقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين إلا إذا كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارة وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام ويتفرع على الخلاف الوتبايعا كيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس مع التفاضل على ما قررناه للصيانة وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين وجوازه مجمع عليه إذا كان حالا فإن قيل الصيانة حكمة فيناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا إنما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصون المال ظاهر منضبط فإن المماثلة وعدمها محسوس بذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب يضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين وفي الأسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له قوله وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه وهو القدر حل التفاضل والنسأ كبيع الحنطة بالدراهم أو الثياب والهروي بهرويين إلى أجل والجوز بالبيض إلى أجل لعدم العلة المحرمة وعدم العلة وإن كان لا يوجب عدم الحكم لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم العلة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدم الأصلي وإذا عدم السبب المحرم والأصل في البيع مطلقا الإباحة إلا ما أخرجه دليل من أصنافه كان الثابت الحل وإذا وجدا أي الجنس والمعنى المضموم إليه وهو القدر حرم التفاضل والنساء كالشعير بالشعير لا يجوز إلا مع التساوي والتقابض لوجود العلة المعرفة للحكم على ما بينا وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم إليه من الكيل والوزن لا يجوز وكذا إذا باع عبدا بعبد إلى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروي بهرويين حاضرا جاز أو حنطة في شعير في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المستوي وكذا حديد في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس في صيني ونحوه في زماننا لأنها وزنية فحرمة ربا الفضل

ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

بالوصفين جميعا وحرمة النساء باحدهما والنساء بالمد ليس بخير وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم شيئا لانه لا دليل عليه وايضا دل الدليل على نفيه وهو ما عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامره ان اشترى بعيرا ببعيرين الى ابل ان يكون سلما وعن ابن عمر انه باع بعيرا باربعة الى اجل وعن علي رضي الله عنه انه باع بعيرا له يقال له عصيفير بعشرين بعيرا الى اجل ولنا انه اذا قوبل في احد البدلين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة اكثر تاثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بان باع الواحد بالاثنين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالا اتفاقا فالتفاوت حكما اولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره ولنا انه مال الربا نظرا الى القدر او الجنس وعرف الى النقدية اوجبت فضلا في المالية حتى تعورف البيع الحال بانقص عنه بالمؤجل فيتحقق بوجوده شبهة علة الربا فتثبت شبهة الربا وشبهة الربا مانعة كحقيقة الربا للاجماع على منع بيع الاموال الربوية مجازفة وان ظن التساوي وتماثلت الصبرتان في الرؤية وليس فيه الا شبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهر متساويين لم يجز عندنا ايضا خلافا لزفر لان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا الاتفاق على انه لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يفيد ما ذكرنا والتحقيق ان المعول في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما اخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاوصاف فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية ابي داود من قوله صلى الله عليه وسلم ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد واما النسيئة فلا واخرج ابو داود ايضا قال حدثنا موسى بن اسمعيل ثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فقام دليلا على ان وجود احد جزئي علة الربا علة لتحريم النساء ثم عللنا بان فيه شبهة الربا اعني الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكر من ان للشبهة حكم الحقيقة ان يحرم باحد الوصفين التفاضل ايضا لان لشبهة العلة حكمها فتثبت بشبهتها حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبتا فيهما ثم تقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذلك مبيح ويجمع بينهما بان ذلك كان قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ما ذكرنا لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع اجاب بالفرق بان الوزن في النقود وتلك الاموال مختلف فانه في النقود بالمثاقيل والدراهم بالصنجات وفي الزعفران بالامناء والقبان وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو ان النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمي وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له ان يبيعها قبل الوزن وتقبيضه ولو اشترى دراهم او دنانير موازنة فوزنها البائع بغيبة المشتري وسلمها فقبضها جاز له ان يتصرف فيها قبل وزنها ثانيا وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن في مثله فاذا اختلفا اي النقد والزعفران ونحوه فيه اي في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وقوله صورة ومعنى وحكما نشر مرتب بعد اللف ولا يخفى ان التعين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتباره اختلافا في معنى الوزن وكذا الاول بان الزعفران والمسك والزباد يوزن بالصنجات ايضا وكذا الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز اراد انه بعدما اتزنه من بائعه وقبضه ليس له ان يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع بل له ان يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع ان يزنه الآخر لتسليمه اليه ليصح تصرف الآخر فيه وكذا القول في الدراهم اذا قبضها واما ان يقال اذا باع العبد بالدراهم حتى كانت ثمنا ابيح له ان يتصرف فيها

قال كل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم

قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في اصل الوزن بل اذا ضعف هذا فالوجه في هذا ان يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويلحق تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كيلا ينسد اكثر ابواب السلم وسائر الموزونات بخلاف النقد لا يجوز ان يسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها كاسلام حديد في قطن او زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من ان يكون وزنيا بالصنعة الا في الذهب والفضة ولو اسلم سيفا فيما يوزن جاز الا في الحديد لان السيف خرج من ان يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان او حديدا وان كان احدهما اثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجري فيه ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة واورد انه ينبغي ان لا يجوز اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن اجيب بان امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوي رحمه الله ينبغي ان ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا فاختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص باختلاف المقصود والحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل من الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على انهما جنسان والا قال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب ان جميع ما يصدق عليه يكون متماثله كالحيوان يطلق على امور متباينة بلا اشتباه كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك ان يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروي وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص وما اشبهه اجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضان والمعز والالية واللحم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة اصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم انهما متماثلان في الكيل ايضا وكلما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف لان العرف جاز ان يكون على باطل كتعارف اهل زماننا في اخراج الشموع والسرج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل ان يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو اقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا ان ما يعتاده اهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا لا يجوز وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس في الاسواق لانها اي العادة دلالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي ان ما كان يستخرج من اصل فهو ملحق به لا تتبع له كالدقيق وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف وعلى خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك الكيل في الشيء او الوزن فيه

قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة

ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذاك بذلك وقد تبدلت فيتبدل الحكم واجيب بان تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه والذي ذكرناه اوجه ولا يخفى ان هذا لا يلزم ابا يوسف لان قصاراه انه كنصه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا نص عليه وسنذكر ان ما ذكرنا في سنية التراويح مع انه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الافتراض يعني لولاه لواظب حكم بالسنة مع عدم المواظبة لانا امنا بعده النسخ حكمنا بالسنية كذا اذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة اخرى تغير النص والله اعلم فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل لو كان بالمعيار المنصوص عليه كما لو باع مجازفة فانه لا يجوز لتوهم الفضل في احدهما وقوله الا انه الى آخره استثناء على تعليلهما من قوله فهو كيلي ابدا اي يلزم ان يتصرف فيه بالكيل ابدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فالم يكن ذلك المسوى بالتحري بالجزاف فلا يجوز وهذا اختيار الطحاوي وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانها كيلية بالنص والحاصل ان فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي انهم لو اعتادوا ان يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرفة كيل او وزن ينبغي ان يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روى عنهما جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن ابي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا اطلقه الطحاوي فقال لا باس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا والمعنى الذي ذكره فرق بين الكيلي نصا والوزني عادة وقلبه فاما الوزني ربوا نصا وعادة كما في انائين من جنس واحد حديدا وذهب او فضة احدهما اكثر وزنا من الآخر ففي الانائين من غير النقدين يجوز بيع احدهما بالآخر اذا كانت العادة ان لا يباعا وزنا لانه عددي متساويه وفي اناء الذهب والفضة لا يجوز فانه يجري فيهما ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير بالصنعة بالعادة واما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة ايضا من ان يكون موزونا بالعرف قوله وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني هذا في التحقيق تفسير لبعض الفاظ ربما يضيف اليها البيع لفظ تقدير ولم يشتهر فيها انها اسم يرجع الى الوزن كما اشتهر في المن والقفيز او الى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدري هذه الاسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزن على المبيع او الكيل فيجري عليه حكم الكيل وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فافاد ان المنسوب اليهما من المبيعات وزني فيجري عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الى الرطل والاوقية كيلا بكيل متساويين لا يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلها لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تبايعا كيلا متساويا بالوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لافادة انه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز فانا قدمنا ان اموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لزفر وقول الشافعي كقولنا بل لافادة انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية تختلف فيهما عرف الامصار وتختلف في المصر الواحد من المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثلثمائة درهم واثنتا عشرة درهما بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي مصر مائة واربعة واربعون درهما وفي الشام اكثر من ذلك فهو لا يتضبط وفي حلب اكثر من ذلك

قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف إن شاء الله قال وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل

وفي تفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في الأوقية الرطل المذكور تفسير الكشاف أنها درهم بوزن سبعة كل رطل فما عرف بمصر والشام والاسكندرية اثنا عشر أوقية وربما كان غيرها عشرين أو غير ذلك لا يشكل باختلاف كمية الأوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما ثم الأوقية مثلا اثنا عشر كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل أن هذه الأسماء صح أسماء أخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال فيعرف الحال وقوله بكيال لا يعرف وزنه الخ عرف تقريره

قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان ذهبا وفضة بجنسه أو بغير جنسه فإن كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل افتراق الأبدان وإن اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح وأن لا يكون به خيار وكذا السلم ولا أجل كذا ذكره وهو مستدرك لأن اشتراط التقابض يفيده ولو أسقط الخيار والأجل في المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر فإن كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة ربا إلا هاء وهاء روى ابن أبي شيبة من حديث ابن عمر عن عمر الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء ورواه أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر الخ وها ممدودة من هاء ذا ألف وهمزة بوزن هاع مبني على الفتح ومعناه خذ يعني هو ربا إلا فيما يقول كل منهما خذ لصاحبه ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسره بأنه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال وما سواه أي ما سوى عقد الصرف مما فيه الربا من بيع الأموال الربوية بجنسها أو بخلاف الجنس يشترط فيه التقابض يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا خلافا للشافعي في بيع الطعام أي كل مطعوم حنطة أو شعيرا أو تمرا أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولأنه يقع التعاقب في القبض وللنقد مزية فيكون كالمؤجل أو يحصل التفاوت في البدلين ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط في صحة بيعه القبض كالثوب بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لأن التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض فإن الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد إلا بالقبض قال ومعنى قوله يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية أخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى ذكر فيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مما لا يعد زيادة ما لم يذكر الأجل وقد استشكل بأنه استدل لهم بيدا بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف ثم استدل به هنا على أن المشروط التعيين لا التقابض فيكون تعميما للمشترك أو للحقيقة والمجاز والجواب أنه فسر ها وها بيدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لا بنفسه لأن الاستدلال به هناك إنما هو على التعيين أيضا لكن لما كان التعيين ثمة بالتقابض في الصرف لا بنفسه لأن الاستدلال لا يكون إلا بغيره ولما قلنا إنها لا تتعين إلا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا لا عليه لكن بقي أن يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه وأجيب عنه بأن رواية عينا بعين تفسير لمجمل لأن يدا بيد يحتمل معنيين فهي تفسير له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لأنه يحصل بالقبض ضرورة فلزم أن عينا بعين تفسير يدا بيد وللقائل أن يدفعه بمنع الإجمال بل هو

قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعى يخالفنا فيه لوجود الطعم
قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما
واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية فى حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل
باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ فى نقضه فى حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين
بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بكالئ وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النسا

ظاهر فى التقابض فيجب ان يحمل بعينا بعين عليه لان القبض اخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربا باب احتياط فيجب ان يحمل اليد على القبض ويؤيده فهم عمر كذلك فى الصحيحين ان مالك بن اوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بمائة دينار فاخذ طلحة الذهب يقلبها فى يده ثم قال حتى ياتى خازنى من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تاخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء وبهذا استدل ابن الجوزى على اشتراط التقابض على ابى حنيفة وكيف معنى هاء خذ وهو من اسماء الافعال ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وقال قائل تحنح لى من معنهما النعاسا ثم تقول من بعيد هاء وامانقل من قياس الشافعى على الصرف فى اشتراط التقابض فدفع بان الاسم ينبئ هناك عن صرف كل الى يده والمعانى اللغوية تعتبر فى الاسماء الشرعية وليس فى الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه فان الدليل السمعى على الوجه الذى قررناه يستقل بمطلوبه **قوله** ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين الخ ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد وهى من مسائل الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة فى بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمرة بتمرتين يدا بيد جاز واذا كان بعينه وليس كلاهما ولا احدهما دينا وصوره اربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة اموال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون احدهما فضلا خاليا شرط فى العقد وهو الربوا وان يبيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والا لامسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر او سلم الفلس المعين وقبضه بعينه ثم يدفع فلس آخر لاستحقاقه فلسين فى ذمته ويرجع اليه عين ما دفع فيبقى الفلس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشترى الفلسين ثم دفع اليه احدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضى بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع فلسا بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافا لمحمد ومحله ان الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رائجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمد ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان ثمنيتها فى حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تثبت بالتعيين بسبب زيوع ونقضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها اجيب بان الفلوس فى الاصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان تصير ثمنا باصطلاحهما لو وقع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس اما اذا اصطلحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعود وزنيا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فاجاب بان الاصطلاح كان على امرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على عدم ثمنيتها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية لثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدراهم والدنانير لان النقود للثمنية خلقة بخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه بيع الكالى بالكالى وقد نهى عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس الخ يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع او الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك الا ترى ان البيع بالنقود بيع بما ليس بمعين ويكون مع ذلك حالا فكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالى بالكالى قال ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة

قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوٍّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة

وفي الفائق كلأ الدين بالرفع كلوءا فهو كالئ اذا تاخر قال الشاعر وعينه كالكالئ الضمار يريد بعينه عطيته الحاضرة كالمتاخر الذي لا يرجى ومنه كلأ الله بك الكلاء اي اكثر تاخير ذلك الكلاء اي استنسأت نسيئة وحديث النهي عن الكالئ بالكالئ رواه ابن ابي شيبة واسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع الكالئ بالكالئ وضعف احمد موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي عنه فقال لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمي ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الربذي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالئ بكالئ والحديث مرسل عن الحسن بلا شك **قوله** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي دقيقها بوجه من الوجوه ولا بالسويق اي سويق الحنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الحنطة ودقيقها وان انتفت اسما وصورة ومعنى موجودة فان المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوة والاخراج التي امتنعت في الدقيق فهي باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة وانما لم يقل اجزاؤها لان من اجزائها النخالة ايضا فالحنطة كسرت على اجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب التسوية بينهما لان بعارض ذلك التكسير صارت اجزاؤها متكسرة فيه اي في الكيل اي منضمة انضماما شديدا والقمح بالكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع احدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار به مثل ان يتفق كيس في كيل هذه الحنطة لم يتفق بقدره سواء في الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بالمساواة منتفية بالضرورة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل متساويا وقولنا قول الشافعي في الاظهر عنه وسفيان الثوري واحمد في رواية خلافا لمالك واحمد في اظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة فرقت اجزاؤها فاشبه بيع حنطة صغيرة بحنطة كبيرة وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا ان الشافعي اجازه لان النخالة ليست من اموال الربا لانها لا تطعم وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق في الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بجنسه اما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق ونحو ذلك **قوله** ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا وهو قول احمد وكذا استقراضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل لانه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من تفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساويا كيلا اذا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقا والاصل متساويا كيله وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وفيها ايضا سواء كان احد الدقيقين اخشن والآخر ادق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفي شرح ابي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة احسن لاهدار ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز الا مثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند ابي يوسف بان كانت النخالة الخالصة اكثر من النخالة التي في الدقيق ثم قال المص وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز اي لا يجوز بيع الدقيق من نوع من الحنطة والشعير بسويق ذلك النوع عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا اما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه وعندهما يجوز بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا لانهما اي دقيق الحنطة وسويقها مثلا جنسان وان رجعا الى اصل واحد لاختلاف المقصود واختلافا كثيرا بالمقلي والطحن

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسألة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير

فلان المقاصد من الدقيق تحصل بان يصنع خبزا وعصيدة واطرية وهو شبه الرشتا ولا يتأتى من السويق كما ان ما يقصد بالسويق وهو ان يذاب مع عسل ويشرب او يلت بسمن ويؤكل لا يتأتى من الدقيق فصارا كالجنسين جاز بيع احدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا وابو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان احدهما ان بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا باعتبار اتحاد الجنسية وعدم العلم بالتساوي مع مساواته الكيل لاكتناز احدهما فيه دون الآخر والدقيق اجزاء غير المقلية والسويق اجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة الا بتكسير وبالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده والثاني وعليه اقتصر المص ان بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لشبهة الربوا لان ربوا الفضل لا يثبت الا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق اجزاء الحنطة فثبتت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قولهم اختلف المقاصد وذلك اختلاف الجنس قلنا اعظم المقاصد متحد فيهما وهو التغذي فلا يبالي بفوات بعضها الذي هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع احديهما بالاخرى كما ذكرنا بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الاعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا الطحن فيتخذ منها خبز وكذا العلكة اي الجيدة السالمة من السوس مع المسوسة ومع ذلك جعلا جنسا واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من ان الكيل لا يسوي بينهما واما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا فيه قيل يجوز اذا تساويا كيلا ذكره في التتمة وقيل لا وعليه عول في المبسوط ووجهه ان النار قد تاخذ من احدهما اكثر من الآخر والاول اولى ومسوسة بكسر الواو كانها هي سوست اي دخل السوس فيها **قوله** ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان او لا مساويا لما في الحيوان او لا بشرط التعيين اما بالنسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد فقال ان باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيف ما كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه ان يكون اللحم المفرز اكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا اما لزيادة السقط ان كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم او لزيادة اللحم ان كان اللحم اقل مما في الشاة فصار كبيع الخل بالسمسم وهو دهن السمسم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل اما عندهما فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز كيف ما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة واما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز لان اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بازاء الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي واحمد رح لا يجوز بيع اللحم بالحيوان اصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للمزني من اصحاب الشافعي فانه قال كقول ابي حنيفة وابي يوسف ولحم غير جنسه كلحم البقر بشاة فقال مالك واحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في الاطلاق انه باع موزونا بما ليس بموزون فغايته اتحاد الجنس كما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن لكن اتحاده مع اختلاف القدر وية انما يمنع النساء فقلنا به

قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدى اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة

ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون لانه لا يوزن عادة فليس فيه احد القدرين الشرعيين الوزن او الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يثقل نفسه ويخففها فلا يدرى بخلاف الدهن والسمسم لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من الثجير ثم يوزن الثجير هذا على التنزل والا فهما على ما قال غير المص يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين مختلفين قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشأناه خلقا آخر اي بعد نفخ الروح فعلم ان الحي مع الميت جنسان فيجوز بيع احدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم ان السمع جاء في منع بيع اللحم بالحيوان ومعه ضعيف وقوي ومن القوي ما رواه مالك في الموطا وابو داود في المراسيل عن زيد بن اسلم عن سعيد بن المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومرسل سعيد حجة بالاتفاق قال ابن خزيمة ثنا احمد بن حفص السلمي حدثني ابراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن اثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولا ومن لم يثبته فهو مرسل جيد وانت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقا واسند الشافعي الى رجل مجهول من اهل المدينة انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع حي بميت واسند ايضا عن ابي بكر الصديق رض انه نهى عن بيع اللحم بالحيوان واسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وابي بكر بن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون وحديث ابي بكر رض لعله بالمعنى فان مشائخنا ذكروه عن ابن عباس رض ان جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء اعرابي بعناق فقال اعطوني بهذه العناق لحما فقال ابو بكر رض لا يصلح هذا وتاولوه على انه كان من ابل الصدقة نحر ليتصدق به **قوله** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ومالك رح والشافعي رح واحمد رح لا يجوز فقد تفرد ابو حنيفة بالقول بالجواز واما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا بالجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك في الموطا عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن ابي وقاص انه سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد ايهما افضل قال البيضاء قال فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم مبني فيه على علته وهو كونه ينقص في احد البدلين في ثاني الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي حنيفة رض ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدي له رطب اوكل تمر خيبر هكذا فسماه اي سمى الرطب تمرا وهذا انما يتم اذا كان المهدي رطبا وليس كذلك بل كان تمرا اخرج الشيخان في الصحيحين عن ابي سعيد الخدري وابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اخا بني عدي الانصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل او بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان وفي لفظ آخر انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجمع اصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض المخالفين فيمن حلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسنذكر تمامه ثم قال المص ولانه ان كان تمرا الى هذا اللفظ يحكى عن ابي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا اشداء عليه لمخالفة الخبر فسالوه فقال الرطب اما ان يكون تمرا او لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على ابن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وابدله المص بقوله ضعيف عند النقلة

قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف لما بينا وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز
متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا لا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال محمد لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل
في بيع الرطب بالتمر لما رويناه ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالتمر ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي
الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه
فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد
لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة

وغلط بعض الشارحين اليه في قوله زيد بن عياش بان المذكور في كتب الحديث زيد ابو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الامام الزيلعي
المخرج ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش ابو عياش الزرقي ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به باس وغير شيخنا
ذكروا ان ابا حنيفة انما قال هو مجهول وقد يردد بين كونه تمرا اولا بان هنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية
لعدم تسوية الكيل بينهما وكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وانما يسوي في حال اعتدال البدلين وهو ان يجف الآخر وابو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي
حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال اذا كان موجبه امرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فانا في الحال نحكم بعدم
التساوي لاكتناز احدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلخل كثير وطعنه في ابي عياش ايضا بانه مجهول كما علمنا انفا من قول صاحب التنقيح وايضا روى عنه مالك
في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان و
عمران بن ابي انس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه وقد عرفه ائمة هذا الشان وقد اخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي
في التحقيق قال الامام ابو حنيفة زيد بن عياش مجهول وان كان هو لم يعرفه فقد عرفه ائمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد اجيب ايضا بانه بتقدير صحة السند فالمراد
النهي عنه نسيئة فانه ثبت في حديث ابي عياش هذا زيادة نسيئة اخرجها ابو داود في سننه عن يحيى بن ابي كثير عن عبد الله بن يزيد ان ابا عياش اخبره انه سمع
سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في
الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الاربعة على خلاف ما رواه ابن ابي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربعة مالكا واسمعيل بن امية والضحاك
بن عثمان وآخرين واعلم ان بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لان المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يرووها الا في زيادة تفرد
بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فانها مردودة على ما كتبناه في تحرير الاصول وما نحن فيه لم يثبت انه زيادة لما في
مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ولم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع فما لم يظهر ان الحال كذلك فالاصل انه قاله في مجالس فذكر في بعضها
ما تركه في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة اينقص الرطب اذا جف عريا عن الفائدة اذا كان النهي عنه نسيئة وما ذكروا ان فائدته
ان الرطب ينقص الى ان يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الاشفاق مبني على ان السائل
كان ولي يتيم ولا دليل عليه **قوله** وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف عند ابي حنيفة يجوز بيع المتساوي كيلا وعندهما لا يجوز وقوله والوجه ما بيناه لهما
يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اينقص اذا جف باعتبار اشتماله على العلة المنبهة عليها ولابي حنيفة ان الزبيب ان كان جنس
العنب فيجوز متساويا والا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التقريب عن ابي جعفر ان جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر ابو الحسن عن محمد انه لا يجوز لما
تقدم لا اعتبارا بقول المعترض وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية فانه لا يجوز البيع لان القلي الكائن بصنع العباد لعدم المعادلة التي كانت الخلقة بتسويته
بخلاف التفاوت الحاصل باصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الاصل فصار في بيع العنب بالزبيب اربع روايات لا يجوز اتفاقا ويجوز اتفاقا وكذا
رواية ابي جعفر وعلى الخلاف وهي رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز ذلك اعتبارا بان الزبيب جزء من العنب نصا كالزبيب بالزبيب والفرق لابي حنيفة على رواية المنع بين بيع الزبيب بالعنب
والزبيب جواز الرطب بالتمر ان الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثله في الزبيب فاما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه
قال مالك واحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والاجاص الذكر

قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة
بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن
او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب
بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

طبه برطبه كما لا يجوز بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان احدهما اكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلا الاخضر بمثله
لان بين الباقلا من قصار يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة القلية بغير المقلية وبيع الحنطة المبلولة باليابسة والرطبة بالرطبة والمبلولة
باليابسة يجوز وكذا بيع التمر المنقع في الماء والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة
الى هنا والمنقع اسم مفعول من نقع الزبيب في الخابية فهو منقع واصله ان محمدا يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال عند الجفاف كما اشار اليه حديث سعد وكذا
تنتفخ في المبلولة والرطب ينتفخ تتلها او اليابسة اما بيع اليابسة باليابسة فظاهر واما المبلولة بالمبلولة فانه يتفاوت ويقع في قدر البلل قال الحلوانى الرواية محفوظة عن محمد ان بيع الحنطة
المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفخت اما اذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا وابو حنيفة وابو يوسف يعتبران المساواة تاويل المساواة
في الحال عملا باطلاق الحديث اي حديث عبادة بن الصامت وغيره الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا من حديث سعد بن
ابي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة
عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول ابي يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة رضي الله عنه وهو قوله الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض ما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت
بصنع العباد معتبر في المنع وباصل الخلقة لا بالحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد بها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد اجيب بان الحنطة في
اصل الخلقة رطبة وهي بالبل تعود الى ما هو اصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف المقلي ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول من بيع الحنطة
المبلولة الى هنا حيث منعه وبين الرطب بالرطب حيث اجازه وكذا العنب بالعنب فانه يجيزه وحاصله ان التفاوت ان ظهر مع بقاء الاسم على البدلين
او احدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهما لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي
عقد عليه العقد فان الاسم بعد الجفاف التمر والزبيب فلا يكون تفاوتا في المعقود عليه وفي الحنطة المبلولة وما في معناه التغير يظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع ولو
باعه البسر بالتمر متساويا يجوز ومتفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء قشر الكم اي النخل وهو اول ما ينشق
حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اي كيلان من التمر بكيل من الكفرى او قبله لانه ليس بتمر لان الكفرى لم ينعقد فيه صورة التمر وهذا الاسم يعني التمر له
من اول التقابل في صورته ينعقد صورته لا يدريها استدل ابو حنيفة رضي الله عنه في بيع الرطب بالتمر فورد عليه انه لو حلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا لا يحنث فكان غيره
فاجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسئلة مسطورة في الكتب المشهورة بانه لا يحنث وكذا وضع انه يحنث فيما اذا حلف لا ياكل تمرا
فاكل بسرا ولم يكن به حاجة الى هذا اذ بنية الايمان مبنية على العرف وكذا ما فيه انه وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح ان اسم التمر يعم الخارج من حين
ينعقد الى ان يرطب ثم تعجب من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله والكفرى عددي متفاوت الخ جواب سؤال وهو انه اذا لم يكن
الكفرى تمرا فينبغي ان يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر نسيئة فقال الكفرى عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا ان يشتري
به نسيئة لجهالة تفضي الى المنازعة **قوله** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج معلوم انه اكثر مما في الزيتون والسمسم
فلو جهل او علم انه اقل او مساو لا يجوز فالاحتمالات اربع والجواز في احدها بانه اذا كان اكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد والزائد منه بمقابلة الثجير
وفي فتاوى قاضي خان انما يشترط ان يكون الخالص اكثر اذا كان للثفل في البدل الآخر شيء له قيمة اما اذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد اخراج
السمن منه فيجوز مع مساواته الخارج للسمن المفرد ويروى ذلك عن ابي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة

قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي **قال** وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله انه لا يجوز لانها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة **قال** وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد **قال** وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا

فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لان على تقدير النقصان والمساواة الصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع اصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم ان المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فيمتنع النسيئة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتنتفي باعتبار ما اضيف اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد اصلهما واحد وهو الزيت او الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما اضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان اصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالبان مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع احد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا لو ضم الى الاصل ما يطيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى اجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مربى وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلي لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطل دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب يجعل الرائحة التي فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فانه لا يجوز كلها الطيب وغيره الا مثلا بمثل داود وانه ينبغي ان يجوز بيع السمسم بدهنه باي وجه كان لان الدهن وزني والسمسم كيلي اجيب بانه لما كان المقصود من السمسم ما في ضمنه من الدهن فكان بيع الحبش بالحبش فان قيل فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل من دهنه وتجيره الى خلاف جنسه اجيب بان الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسئلة الاكرار ولا صورة هنا منفصلة وقوله والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار يعني ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس اكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان التفل له قيمة والظن ان لا قيمة لتفل الجوز الا ان يكون بيع بقشره فيؤخذ وكذا العنب لا قيمة لتفله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج والله اعلم واختلفوا في القطن بغزله فبعضهم لا يجوز متساويا لان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى قاضي خان لا يجوز الا متساويا لان اصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا او احدهما عن الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب او القطن بالثوب جائز على كل حال وقال العم بالاجماع وعن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا وهكذا عن ابي حنيفة ايضا ثم ذكر انه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم ان الخالص اكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب واما في الغزل فكأنه يكون الفاضل من القطن المقود بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات **قوله** ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم لانها اجناس مختلفة لاختلاف اصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين اما البقر والجواميس فجنس واحد لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا وكذا المعز والضأن والعراب والبخاتي لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان والعصافير متفاضلا لانه ليس بمال الربوا اذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده الخ يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلثة اجناس الطيور جنس والدواب اهليها ووحشيها جنس واحد والبحريات وكذا البان البقر والغنم تجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين وعن الشافعي ان اللحوم والالبان جنس واحد لاتحاد المقصود من الاكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح من قوله انه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بان اصولها مختلفة الاجناس وكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة فانها

قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رح وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رح لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رح يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده

تعد اجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا ويجوز بيع خل الدقل بخل العنب متفاضلا وكذا بعصيرهما لاختلاف اصلهما جنسا وتخصيص خل الدقل وهو ردئ التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا واما شعر المعز وصوف الغنم فجنسان لاختلاف المقاصد بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لان الاتحاد والجنس مع عدم الاختلاف فانما يقصد بالشعر من الالات غير ما يقصد بالصوف فصار يوجب اختلاف الامور المتنوعة ثلاثة اشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وبالنظر الى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي ان لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب ان ذلك عند تعارض دليليهما وتساويهما فيرجح المحرم وهنا ليس كذلك فانه لا تقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون البان البقر والغنم والابل جنسا واحدا لاتحاد المقصود واجيب بمنع اتحاده فان لبن البقر يقصد للسمن ولبن الابل لا يتأتى منه ذلك وكذا اغراض الاكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الابل من الاختلاف بالحقيقة ما قدمناه من جواز بيع اناء صفر او حديد احدهما اثقل من الآخر وكذا قمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من احد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة ويجوز بيع شحم البطن بالالية او باللحم واللحم بالالية متفاضلا لانها اجناس لاختلاف الصور والمقاصد والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا واما شحم الجنب ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعها واما الرؤس والاكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيف ما كان لا نسيئة لانه لم ينضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز قوله ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة لان الخبز صار اما عدديا في عرف او وزنيا في عرف آخر فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فيفرض كون الجنسية جمعتهما اختلف المقدار فجاز التفاضل والدقيق اما كيلي فكذلك او وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنيا له يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل ايضا وروي عن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه وهذه العبارة نفي الجواز بطريق التأكيد وللنكرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي واحمد لشبهة المجانسة او في الخبز اجزاء الدقيق وان الدقيق بعرض ان يصير خبزا فيشترط المساواة ولا يدري ذلك والفتوى على الاول وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين التحديد عددا او وزنا كيف ما اصطلحوا عليه وهذا اذا كانا نقدين فاما بيعهما نسيئة فان كانت الحنطة نسيئة او الدقيق بان اسلم الخبز فيهما ودفعه نقدا جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة بان اسلم حنطة او دقيقا في خبز لم يجز عند ابي حنيفة لانه لا يوقف على حده فانه يتفاوت في الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه تحدى عنده ويكون منه الثقيل والخفيف ويجوز عند ابي يوسف لانه وزني او يجوز بشرط الوزن الا ان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن صفات مضبوطة نوعها وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه اذا قبض دون ما سمى صفة واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لانه قلما يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصا في من يقبض المسلم فيه في ايام متعددة كل يوم كذا رغيفا فقل ان لا يصير مستبدلا ولا خير في استقراض الخبز عند ابي حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور باعتبار كونه جديدا او عتيقا والتقديم في التنور والتأخير عنه وتفاوت جودة خبزه بذلك واذا منع ابو حنيفة بيع السلم فيه وباب السلم حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه امنع وعند محمد يجوز بهما اي عددا او وزنا للتعامل بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الجيران وعند ابي يوسف يجوز وزنا لا عددا للتفاوت في آحاده

قال ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة رح وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف

ومحمد يقول قد اهدر الجبيرة ان تفاوتت ومنهم يكون اقراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرين الفتوى على قول ابي يوسف رح وانا اهي ان قول محمد احسن قوله ولا ربوا بين المولى وعبده اي المأذون غير المديون لانه ما في يده لمولاه ولا تحقق الربوا لعدم تحقق البيع كذا ذكره الامام فان كان عليه دين لا يجوز اي البيع بطريق الربوا عند ابي حنيفة فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون فهو اجنبي عنه فتحقق الربوا بينهما وعندهما ان لم يزل ملكه عما في يده لكن تعلق بما في يده حق الغرماء فصار المولى كالاجنبي عنه فتحقق الربوا بينهما كما يتحقق بينه وبين مكاتبه وفي المبسوط ذكر انه لا تحقق الربوا بينهما مطلقا ولكن على المولى ان يرد ما اخذه على العبد لانه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو اخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين او لا بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربوا بينهما قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف رح والشافعي ومالك واحمد وعلى هذا الخلاف الربوا بين المسلم الاصلي والمسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فلو بايع مسلم دخل اليهم مستأمنا درهما بدرهمين حل كذا اذا باع منهم ميتة او خنزيرا او قامرهم واخذ المال يحل كل ذلك عند ابي حنيفة رح ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا لهم اطلاق النصوص فانها لم تقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربوا يجري بين المسلمين وبينه وكذا الداخل منا اليهم بامان ولابي حنيفة ومحمد ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب وهذا الحديث غريب ونقل ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ذلك قال الشافعي قال ابو يوسف انما قال ابو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا بين اهل الحرب اظنه قال واهل الاسلام قال الشافعي وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه اسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان ابا بكر قبل الهجرة حين انزل الله الم غلبت الروم الآية قال له قريش ترون ان الروم تغلب قال نعم فقال هل لك ان تخاطرنا فخاطرهم فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم وزد في الخطر ففعل وغلبت الروم فارسا فاخذ ابو بكر خطره فاجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين ابي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك ولان مالهم مباح واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر فاذا لم ياخذ غدرا فباي طريق ياخذه حل بعد كونه برضى بخلاف المستأمن منهم عندنا لان ماله صار محظورا بالامان فاذا اخذه بغير الطريق المشروع يكون غدرا وبخلاف الزنا ان قيس عليه الزنا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص اما المال فيباح بطيب النفس واباحته وهذا لا يفيد لمعارضته اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد قيل ان مثله حجة فالزيادة بخبر الواحد لا يجوز فاثبات قيد زائد على المطلق من نحو ما كان الربوا نحوه هو الزيادة ولا يجوزه يدفع بالقطع بان المطلقات مراد بها المال المحظور بحق مالكه ومال الحربي ليس بمحظور الا لتوقي الغدر فجاز فهذا التقرير في التحقيق يقتضي انه لو لم يرد خبر مكحول اجازه النظر المذكور اعني كون ماله مباحا الا لعارض لزوم الغدر الا انه لا يخفى انه انما يقتضي حل مباشرة العقد اذا كان الزيادة ينالها المسلم والربوا اعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام في الوجهين وكذا القمار قد يفضي الى ان يكون مال الخطر للكافر بان يكون الغلب له فالظاهر ان الاباحة بقيد نيل المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب في الدرس ان مرادهم من حل الربوا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب الحقوق محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار قوله ومن اشترى منزلا فوقه منزل حاصل ما هنا ان الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت اصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل ليبات فيه فمنهم من يقتصر على ذا ومنهم من يزيد له دهليزا او الجواب

قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

ان العلو لا يدخل في بيعه يعني فاما البيت لا يدخل العلو وان قال بكل حق هو له او بكل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحا لان العلو مثله في انه مسقف يبات فيه والشيء لا يستتبع مثله بل ما هو دونه واورد المستعير له ان يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب له ان يكاتب عبده فاجيب بان ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له ان يملك ما ملك كذلك والمكاتب يعقد الكتابة لما صار احق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابة عبده من الكسب والمنزل فوق البيت ودون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين او ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة يتأتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل للدواب فلكونه دون الدار صح ان يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص وهو ان يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه او منه او بكل حق له او بمرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة والدار اسم لساحة ادير عليها الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحراء للاستراحة ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء او بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح اما الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار والآخر على دار اخرى او على اسطوانات في السكة ومفتحها من الدار المبيعة فعند ابي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها او بمرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها لانه اي الظلة تبنى على الساباط المبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل بلا ذكر زيادة ولان مفتحها اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع ولو هذا في عرفهم اي عرف اهل الكوفة اما في عرفنا فيدخل العلو من غير ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو او منزلا كذلك لانه كل مسكن يسمى خانه في بلاد العجم ولا يخلو عن علو وان كان صغيرا كالبيت وغيره ودار السلطان تسمى سراي قوله ومن اشترى بيتا في دار او منزلا فيها او مسكنا فيها لم يكن له الطريق في هذه الدار الى ذلك المشتري الا ان يشتريه بكل حق او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكرها وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة او الى طريق العام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسييل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة قال فخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة او مسيل مائها في دار اخرى لا يدخل في غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا ان تعليله بقوله لانه ليس في هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق ان كلا منهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيئا معينا منها فلا يدخل ملك البائع او ملك الاجنبي الا بذكره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار اخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يردها بالعيب كذلك لو كانت له جذوع دار اخرى على الدار المبيعة فان كانت تلك الدار للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار اخرى او مسيل لها فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء وان كانت لغير البائع كان بمنزلة العيب قوله بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولم يكن له الطريق يعني في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود في الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل ان ملكها ويتجر فيها او ياخذ نقضها فلم يتعين فائدة المبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وان لم ينتفع به في الحال كذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك في الكافي ولهذا لو استاجر علوا واستثنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق ولو استحق العلو ثم اجيز البيع صح لان الانفساخ بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيع اما صحته في ظاهر الرواية ولا شيء لصاحب الساحة على صاحب العلو من الثمن لانه يقابله المبيع والمبيع اسم البناء لا الساحة لانه حق في الهواء فان قيل ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين رجلين فيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل الماء من ذلك فالقسمة فاسدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت بدون الاتصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رح لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا

قياس ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق تحريا للجواز فيجب ان الفرق بينهما لان موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به للانتفاع والاجر انما يستوجب الاجرة اذا تمكن المستاجر من الانتفاع فلولا دخال الشرب توفير المنفعة عليهما بهذا بالاجرة وهذا بالانتفاع اما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك وموجب القسمة اختصاص كل منهما بما يصيبه فلو ثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الا بتراضيهما وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم انه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك وله الطريق والمسيل وفي القسمة اذا ذكر الحقوق وامكنه الطريق والتسييل فيما اصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما اصابه فطولب بالفرق والفرق ان البيع ايجاب الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يذكر فيه ذلك فاشتراطه يتم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لا يشترك فيه احد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان الا برضى صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق والله اعلم

باب الاستحقاق حق هذا الباب ان يذكر بعد تمام ابواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهر ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل فان كان ببينة استحق ولدها معها وان شهدا ان كان اقرار المشتري له بها لا يستحق الولد وذلك ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه فانها كاسمها مبينة لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ان ثابتا قبله قبلية لا تعرف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بالبينة لانه يثبت بها على الكل ولا تسمع دعوى احدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في يده انها حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي يستحب عليه اظهار البينة الملك فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرتاشي ما لم يكن الام اذا لم يدعيه فلو ادعاه كان له لان الظاهر انه له هو الولد واذا علمنا ان الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي للام هل يدخل في القضاء فيصير هو ايضا مقضيا به قيل نعم تبعا لان تبعيته استحقاقه تبعا وقيل لا بل يشترط القضاء بالولد ايضا لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله ولا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال واليه تشير المسائل التي ذكرها محمد رح فان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعلم الزوائد لا يدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب حيث لم تدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على حاضر وهو امر جائز عرف انه يشترط القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية ان القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي فيه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وبعد الاجازة فاعتمده شارح آخر ثانيا في الباب ان يكون بيع فضولي يعني بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف المنسوخ لا يلحقه الاجازة واستوضح بما في فتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري فيما لا يومر بالتسليم الى

قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شئ وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهنّي فاني عبد وهي المسألة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرر والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة ... وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرر ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق ... المسئلة من المشكل على قول ابي حنيفة لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى ... والدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام ... استبدا المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى

البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لكن لتقتضي الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا جرم لو اشترى عبدا قد اقر اولا انه ملك البائع ثم استحق في يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يبطل نقله من تتمة خواهرزاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المنصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان اراد دليل عدم الرضى بالبيع فليس بلازم دليل عدم الرضا بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يثبت الاستحقاق وثبته استمر في يد المشتري من غير ان يحصل له عينه ولا يدله فاثباته ليحصل اما العين او البدل بان يجيز ذلك البيع ويحصل الثمن اليه فظهر ان اثبات الاستحقاق ليس بلازم العدم الرضا بالبيع بل الحق انه ملزوم العدم الرضا ببدله عنه واما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيدا له لان المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه معنى ذا انه اخذ عينه من يد المشتري انه اذا اتصل باثبات الاستحقاق اخذ المستحق للعبد بعينه علما بان يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضى بالبيع والالم يأخذ وانما القضاء به حتى ظهر ملكه فيه اسد سبحانه هو الفتاح الجواد لا اله غيره ولا نرجوه الا خيره وفي الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان القضاء السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى ثم اعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ اقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل يفسخ المشتري على بائعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعدما قضى له او بعد ما قبضه قبل ان يرجع المشتري على بائعه يصح وقال شمس الائمة الحلواني الاصح انه لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روى عن ابي حنيفة انه لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القاضي وفي ظاهر الرواية لا ينتقض الا بان يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها ايضا اذا استحق المشتري واراد المشتري نقض البيع من غير قضاء لا يرضى بائعه ليس له ذلك البينة على النتاج من البائع او على تلقي الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي فيلزم العجز اوالمراد ان يفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لا شك في انه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري انه ينفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يتمكن فيه من الاجازة ولم يجد دليل ظاهر على عدم الرضا الانسان قال له اشترني فاني عبد فاذا هو حر اي ظهر انه حر بينة اقامها وان كان البائع حاضرا او غائبا العبد بشئ من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض وان كان البائع لا يدري اين هو من الثمن ورجع العبد على بائعه بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البائع في اداءه بخلاف من ادى عن آخر دينا او حقا عليه بغير امره فليس مضطرا فيه بشرائه او قال اشترني ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشئ ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق اي على العبد على كل حال اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا يعرف مكانه لا يرجع فيهما اي في البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة ليس الا الحجر والاخبار كاذبا فصار كما لو قال اجنبي المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان فكان

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها
كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت
الضرورة باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي لو لم يعلم بالزوائد
قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا

قياس ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق تحريا للجواز فيحكم كما قلتم ههنا تحريا للجواز اجيب بان الفرق بينهما لان موضع الشرب ليس مما تناوله الاجارة وانما يتوسل به للانتفاع والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالاجرة وهذا بالانتفاع اما ههنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فموجب القسمة اختصاص كل منهما بما نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم انه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك وله الطريق والمسيل وفي القسمة اذا ذكر الحقوق وامكنه الطريق والتسييل فيما اصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما اصابه فطولب بالفرق والفرق ان البيع ايجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشترط تتميم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما ينتفع به على الخصوص بحيث لا يشرك فيه احدا ولو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا بد خلاف الارضي صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق والله اعلم

باب الاستحقاق حق هذا الباب ان يذكر بعد تمام ابواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهر ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل فان كان ببينة استحق ولدها معها وان شهدا ان كان انكان اقرار المشتري له بها لا يستحق الولد ذلك ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه فانها كاسمها مبينة لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ان كان ثابتا قبله لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بالبينة لانه يثبت القضاء على الكل ولا تسمع دعوى احدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في دار انها حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي يستحب عليه اظهار البينة الملك فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له ذكره التمرتاشي ثم لم يكن له اذا لم يدعيه فلو ادعاه كان له لان الظاهر انه له هو الولد وان قلنا ان الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو ايضا مقضيا به قيل نعم تبعا لان ثبوت استحقاقه تبعا وقيل لا بل يشترط القضاء بالولد ايضا لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله ولا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال واليه تشير المسائل التي ذكرها محمد فان محمدا قال اذا قضى بالام القاضي بالاصل ولم يعلم الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم يدخل حيث لم تدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو ادعاء حرف انه يشترط القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية ان القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعترض بعض شارحي النهاية ما في الباب ان يكون بيع فضولي يعني بائع المشتري الذي قضا عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف المنفسخ لا يلحقه الاجازة واستوضح ما في الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما لا يؤمر بالتسليم الى

قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان
كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رح
انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال العبد ارتهني فاني عبد وهي المسألة
الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه
على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضامنا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه
ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضامنا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه
لا يبالي بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى لاهل السوق هذا عبدي فبايعوه فبايعوه ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع
المسألة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل
فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع
لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة **قال** ومن ادعى

البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لاجرم لو اشترى عبدا واقر ايضا
انه ملك البائع ثم استحق في يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يبطل نقلا عن شرح
قسمة خواهر زاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المنصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان اراد دليل عدم الرضى بالبيع فليس بلازم لجواز ان يكون
دليل عدم الرضا بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر في يد المشتري من غير ان يحصل له عينه ولا بدله فاثباته ليحصل احدهما
اما العين او البدل بان يجيز ذلك البيع ويحصل الثمن اليه فظهر ان اثبات الاستحقاق ليس بلازم العدم الرضا بالبيع بل المحقق انه ملزوم لعدم الرضا بذهابه وذهاب
بدله عنه واما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس بمفيد له لان المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا انه اخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه ولا شك
انه اذا اتصل باثبات الاستحقاق اخذ المستحق العبد بعينه فلا بد ان يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضى بالبيع ما لم يأخذ فاجازه فاين هذا من مجرد اثبات الاستحقاق
والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه اسد بيانه هو الفتاح الجواد الى آخره ولا نزاع الاخير وفي الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد
السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ اقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل ينفسخ بالقضاء والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع
المشتري على بائعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى له او بعد ما قبضه قبل ان يرجع المشتري على بائعه يصح وقال شمس الائمة الحلواني الصحيح من مذهب اصحابنا ان قضاء المستحق
لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روى عن ابي حنيفة انه لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القاضي وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح انتهى
هذا ان تراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها ايضا اذا استحق المشتري واراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضى البائع ليس له ذلك لان احتمال اقامة
البينة على النتاج من البائع او على تلقي الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي فيلزم العجز فينفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك
او المراد ان يفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لا شك في انه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق واخذ المبيع واستمر غير مجيز
انه ينفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يتمكن فيه من الاجازة ولم يجد دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع **قوله** ومن اشترى عبدا اي اشتراه
انسانا قال له اشتراه فاني عبد فاذا هو حر اي ظهر انه حر بينة اقامها وان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة اي يدري مكانه لا يرجع على
العبد بشيء من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد بما دفع الى البائع
من الثمن ورجع العبد على بائعه بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البائع مع انه لم يأمره بالضمان عنه لانه ادى دينه وهو مضطر
في ادائه بخلاف من ادى عن آخر دينا او حقا عليه بغير امره فليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال انا عبد وقت البيع ولم يأمر
بشرائه او قال اشترني ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشيء ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا وقد كان قال ارتهني فاني عبد فالراهن لم يرجع عليه
اي على العبد على كل حال اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا يعرف مكانه او لا يعرف وهذا ظاهر الرواية عنهم وعن ابي يوسف رحمه الله انه
لا يرجع فيهما اي في البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعة هنا او بالكفالة وليس واحد منهما ثابتا هنا بل الثابت
ليس الا مجرد الاخبار كاذبا فصار كما لو قال اجنبي لشخص ذلك وكقول العبد ارتهني فاني عبد وهي المسئلة المذكورة ثانيا ولهما ان
المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره فكان مغرورا من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل
سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان فكان بتغريره ضامنا لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى

حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه

اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي فاني قد اذنت له فبايعوه ثم ظهر استحقاق العبد فانهم يرجعون على المولى بقيمة العبد فيجعل المولى بذلك ضامنا للدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور عن الناس بخلاف الرهن فانه ليس بعقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والسلم فيه فلو هلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضامنا لانه ليس تغريرا في عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد ساله عن امن هذا الطريق فقال له اسلكه فانه امن فسلك فنهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فاكله فمات غيرانه استحق عند الله تعالى مجدا بالايطاق ونجلاء الاجنبي فانه لا يعبأ بقوله فالرجل هو الذي اغتر قال المص ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى اي دعوى الحرية شرط في القضاء ببينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه فاجيب من جهة بعض المشائخ لان هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل فالدعوى ليست بشرط عنده كقولهما في دعوى الحرية مطلقا لتضمنه تحريم فرج امه على السيد وتحريم اخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطا في حق الله تعالى كما في حق الامة حتى ان الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمات لا تحتاج في القضاء بها الى الدعوى واذا لم تحتج الى الدعوى لم يضر التناقض فيها وقيل هو ان الدعوى شرط مطلقا في حرية الاصل ودعوى الاعتاق في الكافي والصحيح ان دعوى العبد شرط عند ابي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض لكن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها اما في حرية الاصل فلخفاء حال العلوق فانه يسبى مع امه او بدونها فلا يعلم بحريتها وقتها حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية امه فيدعي الحرية وفي الاعتاق العارض فلان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق الزوج اياها ثلاثا قبل اختلاعها تقبل وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة تقبل مع ان اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضر التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع وما للكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي اصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم جاء مستحق قال هذا القميص لي واثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل فانقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه فخاطه فينتقل ملك المغصوب منه من الثوب الى الضمان فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعدما صار الى حال لو كان غاصبا ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا لو اشترى امة منذ شهرين فاقام رجل بينة انها له منذ شهرين يقضى بها له ولا يرجع على بائعه ومعنى ان المعنى انه يستحقه باسم القميص ولو كان اقام البينة انه كان له قبل هذه الصنعة رجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فاقام البينة آخر ان الراس والاطراف والجلد واللحم له وقضى بها رجع المشتري على بائعه لان هذا استحقاق عين الشاة قوله حقا في دار اي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا لم يرجع على الذي صالحه بشيء لتمكنه من ان يقول مرادي من الحق الذي ادعيته او الحق الذي ادعيه هذا الباقي ولو كان ادعاها كلها فصالحه واستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق

لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على امرين احدهما ان الصلح عن مجهول على معلوم جائز لان الابراء عن المجهول جائز عندنا لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والآخر ان صحة الدعوى ليست بشرط في صحة الصلح لان دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به ولذا لو اقام به بينة لا تقبل الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فتقبل البينة فروع اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدقه او ادعاه فلان وصدقه هو او انكر فحلف فنكل ليس له في شئ من ذلك الرجوع على البائع بخلاف وكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المشتري كالبينة وهو مضطر في النكول اذ لا علم بعيبه ولا سلامته ولو اقام المشتري بينة على انه ملك فلان لا تقبل لتناقضه فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع واقراره ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان تقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما اذا برهن على انها حرة الاصل وهي تدعي ذلك او انها ملك فلان وهو اعتقها او دبرها او استولدها قبل شرائها حيث تقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى باع عقارا ثم برهن ان ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق ولو برهن انه وقف محكوم بلزومه قبل ولو برهنت امة في يد المشتري الاخير انها معتقة فلان او مدبرته او ام ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعاه آخر انه له لا يسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البائع او المشتري على ان المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل لزوم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع ان المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند ابي حنيفة وليس له ان يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائعه تقبل لانه خصم ولو برهن البائع الاول ان المستحق امره ببيعها وهلك الثمن في يده تقبل ولو استهلكه او رده لا تقبل ولو اقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك اقام المستحق البينة واثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له ان يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه محتاج الى ان يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه كذا ذكره رشيد الدين في باب الدعوى بالدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعي لو اقام بينة على دعواه ثم اقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل وانكر المدعى عليه فاقام بينة على ما ادعاه فقبل ان يقضي القاضي للمدعي ببينته اقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة او بالاقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالاقرار وبعضهم قالوا بالبينة لان المدعي حين اقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول اظهر واقرب الى الصواب وهو ينافي ما ذكره في باب دعوى الدين الا ان تخص تلك لمعارض الحاجة الى الرجوع وقصد القاضي الى القضاء باحدى الحجتين بعينها فيتحصل انه اذا ثبت الحق بالبينة والاقرار ينبغي على ما جعله الاظهر ان يقضي بالاقرار وان سبقه اقامة البينة غير ان القاضي يمكن من اختيار القضاء بالبينة عند تحقق حاجة الخصم الى ذلك فينبغي ان يعتبر قضاؤه بالبينة لدفع الضرر عنه بالرجوع [illegible]

فصل في بيع الفضولي **قال** ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع

فطلب المشتري بالثمن من البائع فرده اليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري ان يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولواحب البائع ان يامن غائلة الرد بالاستحقاق فابراء المشتري من ضمان الاستحقاق قالوا لا يرجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه ان يقر المشتري ان بايعه قبل ان يبيعه منه اشتراه مني فاذا اقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو ايضا يرجع عليه باقراره انه بائعه منه والله اعلم

فصل في بيع الفضولي مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على احسن الوجوه لانه يتضمن اما دعواه ان بائعك باع ملكي بغير امري فنصبه او فضوله واحسن المخارج للمتكلم فيه فضوله والفضولي جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يامر بالمعروف انت فضولي يخشى عليه الكفر **قوله** ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية فصار كبيع الآبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال عليه السلام لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد بالبيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ والمراد ان يبيعه ثم يشتريه فيسلم بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل ان يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن العرار قال ثنا شفيان عن شبيب بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال ثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة اخبرنا الحسن عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري به اضحية فاشترى بها شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه وروي انه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري اضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضح بها واما الدينار فتصدق به وقولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان اردت الانعقاد على وجه النفاذ فسلم ولا يضر وان اردت الانعقاد على وجه التوقف الى ان يرى المالك مصلحته في الاجازة فيجيز فعله او عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولان الشرع عن فيه فضل ثبوته في العمومات الحق ما ذكرنا فان المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ومؤنة الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله الى حاجته نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع الم فقدها اذ كان حاله والعاقد يصون كلامه عن الالغاء والاهدار وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباده من غير ضرر كان الاذن في هذا العقد ثابتا دلالة اذ كل عاقل ياذن في التصرف النافع بلا ضرر بسببه اصلا والعمومات توجب اعتباره وصار كالوصية من المديون

قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه
واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة
الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا
اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن
مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف

المستغرق وبالاكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا اصل القياس صحيح
الاذن ولانه يتعين ان ينعقد العقد الا لقبول الثابت ولا ثابتا الا ضرر فيه وذلك بجوازه منعقدا موقوفا على راي المالك فثبت هذا العقد
اضرار به اذ تعذر ابرامه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس مملوكا اصلا قبله والعين مملوك
للبيع وبيع الآبق منعقد فاسد او هو عندنا مفيد للملك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بحال لحق الشرع فانه انزله كالمجنون
نحن فيه وان كان عاقلا فيصح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فهذا
لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشترى او تزوج امته فان هذه التصرفات تتوقف منه على اجازة وليه
او اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب ان يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه
وكون متعلق العقد مرجوا كان في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والا فلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي ان لا يمكن
لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سببا في الحال مضافا او عند الشرط كقولنا هذا وقوله له تصرف تمليك من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب لا اضافة
في شكله بيانية اي تصرف هو تمليك وحركة هي اعراب لا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت والمتصرف مجيز اي
من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج او اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأة غيره او اعتق عبده فاجاز طلقت وعتق
وكذا سائر الاسقاطات كالديون وغيرها فكان الاحسن ان يقول تصرف شرعي واما القياس على الفضولي بالشراء ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي
وطريقة الخلاف وهو انه لو قال الفضولي بع هذا لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس الا اذا قال الفضولي
اشتريت هذا لاجل فلان فقال بعته او قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت لفلان نفذ على الفضولي غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد
نفاذا على المشتري فلا يتوقف لانه اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ابقائه الى رضى الغير فقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته او رضاه بخلاف البيع لم يجد
نفاذا قوله وله الاجازة اي للمالك ان كان المعقود عليه باقيا وهو المبيع وكذا المتعاقدان وهما الفضولي والذي خاطبه فلا بد من بقاء اربعة الثلاثة
المذكورة والمالك حتى لو مات لا يصح اجازة الورثة كما سنذكرها فيما اذا كان الثمن دينا اي مما لا يتعين وهذا لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام
العقد الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه وانما لم يذكر المالك لانه ذكر ان الاجازة منه وهو فرع وجوده وفي الايضاح عقد
الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فاخذ الاجازة حكم الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعة وفي التفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان
الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن ان ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال الحياة و
البائع لانه يلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا تلزم الا الاحياء والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه واذا اجاز المالك صار المبيع ملكا للمشتري والثمن
مملوكا له امانة في يده اي في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه كالوكيل فان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة من حيث انها صار بها تصرفه نافذا وان
لم يكن له من كل وجه فان المشتري من الفضولي اذا اجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا السبب ان الملك البات اذا
طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا لو تزوجت امة وطيها مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقف النكاح
الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث في البضع ليبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف ابن العم وللفضولي اي

ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة
غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه
ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

في البيع ان يفسخ قبل اجازة المالك حتى لو اجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير
كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه بخلاف الفضولي في النكاح
ليس له ان يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض اي كناقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلم يلزمه
بالاجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق ان يجيز وكذا بالفعل كان زوج امراة برضاها من غائب فقبل ان يجيز زوجها اختها
توقف العقد الثاني ايضا بخلاف ما لو وكله قبل عقده فضوليا ان يزوجه امراة فزوجه اختها فان العقد الاول يبطل لطروء البات على الموقوف
هذا الذي ذكرناه فيما اذا كان الثمن دينا فان كان عينا بان باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس
وهو ذلك الثمن العرض واذا اجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون بائعا مال الغير مشتريا للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا وجد
نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي يفيده والاجازة انه اجاز للفضولي ان ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض لانه قال
اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب او جارية فقيمته فيصير مستقرضا
للجارية او الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما ثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة
المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا اداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم
فكذا فيما جعل تبعا له فكذا هنا او لان صحة الشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فما في ضمنه يكون مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشتري
اذا لم يضفه الى آخر وجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف، في الوكالة ينفذ على
الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير امره كان ما اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له او لم يجزه اما اذا اضافه
الى آخر بان قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقال المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة
الوارث قد بينا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته
بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز باجازة ورثته هو القياس والاستحسان
مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على احد وان هلك بعده فالمالك ان يضمن ايهما شاء البائع او المشتري وايهما اختار
برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكا فاذا ملكه من احدهما لا يتصور تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان اخذ
القيمة كاخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه
لانه سبب ملكه وهو غصبه وتقدم عقده وان كان قبض امانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه في الضمان لان سبب ملكه تأخر عن عقده
وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع وهو محمول على انه سلمه اولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه
بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل بيعه فلا تلحقه اجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري
مثل العرض او قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد رح لغو
لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح

(قوله ومن غصب عبدا فباعه فاعتقه المشتري ثم اجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم اثبتوا خلافه مع زفر في بطلانه العتق فهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت لك ان العتق باطل وقال محمد بل رويت لي ان العتق جائز واثبات مذهب ابي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا وقالوا هذا ان يكون في المسئلة روايتان عن ابي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال ابو سليمان هذه رواية محمد عن ابي يوسف ونحن سمعنا من ابي يوسف انه لا يجوز عتقه وسيجيء ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول ابي حنيفة استحسان وجه قول محمد انه لا عتق بدون الملك لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والموقوف لا يفيد الملك قبل العقد ولو ثبت في الآخرة اي عند الاجازة ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا من هذا الحديث وقد سلف تخريجه ولهذا اي لاجل ان الشرط الملك الكامل لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري بشرط الخيار للبائع ثم يجيز البائع البيع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى ينفذ من الغاصب اذا ادى الضمان بعد ان باع وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان والطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا اجيز لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي امر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم اجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت والا فلا ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر في الباب فيثبت الاعتاق موقوفا مرتبا عليه ثم ينفذ بنفاذه ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فيخرج جواب قوله ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرأ بكسر اللام والفتح اصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا اعتق ثم ادى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك وانما ثبت الملك ضرورة اداء الضمان فهو بعرضية ان يصير سببا لا انه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا اجيز يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة واما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف ابطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن او فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين واعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان فقول ينفذ كذا ذكره هلال الرأي بن يحيى البصري في وقفه وهو من اصحاب ابي يوسف ذكر فيمن غصب ارضا فباعها فوقفها المشتري ثم ادى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى واما ما عدم من وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا اعتبر الى ان يجعل سببا في الحال متأخرا حكمه ان امكن والبيع ليس مما يعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة يظهر اثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد واما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فانما يثبت التفويض بالحال لا مستندا فلا يثبت حكمه

قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى فكذا اذا قطعت يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك **قال** فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عند محمد لانه لا يؤثر فيه الغرر **قال** فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

الا من وقت الاجازة واما النكاح فلا يلحق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصودا ان شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما الا لو وقع التنافر فالفرقة فلا يثبت ذلك الا بناء على ثبوت المقصود ولا ولاية منتفية هنا فلو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع الطلاق بخلاف ملك القن فانه يجوز ان ينعقد مقصودا لصحة العتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فانه لم يتوقف قبل الملك فحاصل الجواب كما قال الامام القاضي يرجع الى ان بيع الفضولي لا يفيد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لاقى ملكا فيبطل كما لو باعه المشتري من الغاصب وعندهما يوجبه موقوفا لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتاخير لدفع الضرر عن المالك ولا ضرر في نفاذ الملك لا في توقفه وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد المصحح لاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيهما بمنع ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور منع انه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك **قوله فان قطعت يد العبد** اي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة ان من غصب عبدا فباعه فاما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب واما ان لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فيأخذ ارشها ثم اجاز المالك بيع الغاصب واما ان لا يكون احد هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع واما ان لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز وهي اربعة فروع تتفرع على اجازة المالك الغاصب اولها ما اذا اجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغنا منها والثاني ما اذا اجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فاخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذ لم يفت المقصود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم ادى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما ثبت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم يتصدق هذا المشتري بما زاد من ارش اليد على نصف الثمن لانه اي ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمانه لما ذكرنا ان اليد من الآدمي نصفه فالذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمنه وهذا لان ارش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته وعسى ان يكون نصف القيمة اكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل فانه انما دخل في ضمانه بالثمن لا القيمة وذكر المصنف وجها آخر وهو انه فيه شبهة عدم الملك لان الملك في الارش يثبت يوم القطع مستندا الى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك فاورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك في الزائد ينبغي ان يتصدق بالكل لان في الكل شبهة عدم الملك يعني المذكور في الزائد واجيب بان شبهة عدم الملك انما يؤثر مع كونه لم يضمن لا بانفراده ودفع بان كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا يفيد شيئا وذكر في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود اي الملك حقيقة وقت القطع وانما يثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب اعتق العبد ثم قطعت يده ثم اجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه اي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو حجة على محمد يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه اعتاق المشتري من الغاصب اذا اجاز المالك بيع الغاصب فانه اعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش

قال ومن باع عبد غيره بغير أمره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار وللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رح

بالملك موقوف قال والعذر له اي جوابه بالفرق بان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده فاخذ ارشها ثم عجز فرد في الرق فان الارش للمولى مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه وكذا اذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البائع البيع يكون الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر حيث لا يكفي فيه الا الملك من كل وجه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول اي بيع الغاصب لم يجز البيع اي بيع المشتري من الغاصب من الآخر لما ذكرنا يعني قوله لان الاجازة تثبت للبائع ملكا باتا الى آخره ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجارة في البيع الاول اي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف فانه اي الاعتاق لا يؤثر فيه غرر الانفساخ بدليل ان المشتري لو اعتق العبد قبل القبض يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن ابي حنيفة انه يتوقف البيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بانه شامل لبيع الفضولي مطلقا غاصبا او غير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجارة ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلحقه الاجازة اجيب بان هناك معارضا الغرر الانفساخ مرجحا عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يملكه مشتري الاول حتى يطلب مشتريا آخر فيتجرد البيع الثاني في عرضة الانفساخ فلم ينعقد اصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع اصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا في المنقولات بجواز هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانع غرر الانفساخ الذي لم يشبه نفع وفرق العتابي بغير هذا بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالاجازة لان العتق منه للملك فهو متقرر للملك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فجاز ان يتوقف بتوقفه والبيع ازالة له لا انهاء فكان ضد اقتضاء الحكم فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا اعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله فان لم يبعه المشتري ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات وهذا في الموت ظاهر واما في القتل فلم يعتبر ايجاب البدل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا بقيام بدله فتصح الاجازة كما في البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بدله كقيامه فيتخير المشتري بين ان يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله وان يفسخه فيصير الى البائع فذكر الفرق بانه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لانه ملك موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح

قوله ومن باع عبد غيره بغير امره قوله بغير امره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورتها باع عبد غيره من رجل فاقام ذلك المشتري بينة على اقرار البائع انه لم يأمره مالكه ببيعه او اقام على قول رب العبد ذلك واراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل صحة دعواه وانما يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر مناقضة اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البائع البيع فيكون البينة مبنية على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري امرك او ادعى المشتري عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر مناقض اذ اقدامه على البيع والشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر وكذا ليس له ان يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيادات بخلاف

وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري

او اقر البائع عند القاضي بذلك حيث حكم بالبطلان قالوا ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فاذا صح اقراره ثبت بيع المكره اولا والا فان الاقرار حجة قاصرة حيث انما ينفذ في حق المقر خاصة واذا وافقه المشتري نفذ عليهما فاذا استرد بطلب المشتري يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد من فسخ القاضي انه يمضي اقرارهما لان الفسخ يتوقف على القضاء وفرعوا ان صاحب العبد لو حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه ولو كذبهما وقال كنت امرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويلزم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له ويبطل عن المشتري الثمن للامر في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يبقى في ذمة المشتري للامر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على ان الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند ابي حنيفة ومحمد ويملك الاقالة بغير رضا الامر وعلى قول ابي يوسف لا يملك قوله وذكر في الزيادات الخ صورة مسئلة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصما لانه يدعيها لنفسه فان اقر بها للمدعي امر بتسليمها فلا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بها لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد وحلف فنكل فقضى عليه بالنكول لان النكول ليس حجة على غيره لانه كاقراره وفرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكول يلزمه كرده بالبينة لان المشتري مختار كالنكول لانه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي هو دليل ظاهر في الملك ولو كان مضطرا فالاضطرار انما لحقه بقبول باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير اما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري انا اقيم البينة انها للمستحق لارجع على البائع لا يلتفت اليه لانه متناقض في دعواه بان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصحة البيع وبهذه البينة ناقض فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون رجل اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم اقام البينة ان البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع انه متناقض ساع في نقض ما تم به والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم اقام الواهب بينة انه كان دبرها او استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع انه متناقض ساع في نقض ما تم به وفرق اما في مسئلة الواهب فالفرق ان التناقض فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندي ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى الحرية لانها مما قد يخفى فيعذر المتناقض المدعي اما بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا والاستيلاد ولا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده وتدبيره فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته واما في مسئلة المأذون فبانه لما اقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد اقامها على اقرار البائع انه ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشتري ثم في مسئلة الاستحقاق لو اقامها على اقرار البائع انها للمستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك ويثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان متناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذه تصديق الخصم ويجوز ان تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على اصل الحق كما قال علماؤنا فيمن في يده عبد فادعاه رجل فاقام صاحب اليد البينة انه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول اليه من جهة الغائب ولو اقامها على اقرار المدعي انه لفلان الغائب تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسئلة الجامع المذكور في الهداية وهو انه لا تقبل بينة

وفي تلك المسئلة لم يرجع الا هو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

المشتري على اقرار البائع انه لم يامره كما لا تقبل على دعواه انه لم يامره ما ه وضع المسئلة في الجامع فيما اذا كان العبد في يد المشتري فهو سالم له
من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا لنفسه حق الرجوع وفي الزيادات وضع فيما اذا اخذت الجارية
من يد المشتري فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع قال ولا يقال في مسئلة المأذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته
لانا نقول ذلك محمول على ما اذا اخذ العبد من يده وهذا هو فرق للائمة وهو منظور فيه لان وضع مسئلة الزيادات ايضا في ان الجارية
في يد المشتري كما سمعتك فالاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسئلة الجامع محمولة على ان المشتري
اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع اما اذا اقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد لم يامره بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري
على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادات
محمولة على هذا ايضا فيقع الغنية عن التفرقة بين المسئلتين انتهى وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع او رب العبد قبل البيع فلم يقبل
للتناقض والزيادات على اقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض قلت ومما يناسب المسئلة باع عبد غيره بلا امره ثم اشتراه من مولاه ثم
اقام البائع البينة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه او ورثه بعد البيع قال محمد تقبل بينته ويبطل البيع الاول ومن فروع مسئلة
الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع ان الامة للمستحق وليس له اجابة القاضي الى ذلك
لانه يدعي انه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيساله القاضي فان اقر بذلك الزمه الثمن وان انكر وطلب المشتري تحليفه اجابه القاضي
الى ذلك فمنهم من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه واذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوي فان قيل نعم هو كذلك
لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكما لا تقبل البينة الا بعد دعوى صحيحة
لا يستحلف الا بعد دعوى صحيحة دل عليه ما في المأذون اشترى عبدا شيئا ثم قال انا محجور وقال البائع مأذون فاراد العبد ان يقيم البينة
على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه وان اقر به البائع يلزمه وذكر في الجامع ان المشتري لو اراد استحلاف البائع انك ما بعته من فلان
قبل ان تبيعه مني لم يكن له ذلك وان اقر به البائع يلزمه والجواب ان في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا
ولا الثمن فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان مناقضا من
وجه دون وجه فجعلناه مناقضا في حق البينة ولم نجعله مناقضا في حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على هذا الوجه اولى لان البينة
حجة متعدية فلو لم نجعله مناقضا في حق البينة يلزمنا ان لا نجعله مناقضا في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة المأذون لان العبد
منكر لحكم العقد اصلا لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسئلة الجامع لان ثمة المبيع في يد المشتري
فلا يكون بها حق الخصومة وعلى هذا الطريقة الموافقة للمعنى في الفرق قال ولو لم يستحق الجارية ولكن ادعت انها حرة الاصل فان اقر المشتري
بذلك او استحلف فنكل وقضى القاضي بحريتها لم يرجع المشتري على البائع اما حريتها الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره
ولا يرجع على البائع لان نكوله اقرار حجة عليه دون غيره ومنهم من قال قوله او استحلف فنكل غلط من الكاتب لان الاستحلاف لا يجري
في دعوى الرق في قول ابي حنيفة وعندهما يجري الا ان اليمين يكون على الامة لا على المشتري لقوله فابى المشتري اليمين ومنهم من قال

قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله آخراً وكان يقول اولاً يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما اذا بيعت الامة وسلمت فانقادت لذلك فانقيادها كاقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهد له فلو ان المشتري اقام البينة على البائع انها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين احدهما انه ليس بمناقض في فصل الحرية لانها فيها تظهر ببينته ان اخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي انعقاد العقد وملك الثمن للبائع فكانت البينة مظهرة ان اقدامه على الشراء اقرار لم يكن اقرارا بانعقاد العقد فلا تحقق التناقض اما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بينة المشتري انها للمستحق لا تظهر بينته انها للمستحق لان اقدامه على الشراء اقرار بملك الثمن للبائع ومع بقاء ذلك الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذبا شهوده ساعيا في نقض ما تم به فالوجه الثاني انه متناقض في الفصلين الا ان هذا تناقض لا يحتمل النقض علما يمنع صحة الدعوى كما لو تزوج امرأة ثم اقامت البينة انها اخته من الرضاع او اقامت البينة انه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل ان تنكح زوجا غيره وكذا لو اعتق عبده على مال ثم اقام العبد البينة انه اعتقه قبل ذلك قبلت واختلف اصحابنا فيمن باع ارضا ثم اقام البائع بينة انه باعها وهو وقف منهم من قال لا تقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال تقبل لانه لا يحتمل الفسخ فصار كالبيع بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر ابو بكر الرازي انما تقبل بينة المشتري انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد ينبغي على قول ابي حنيفة لا تقبل وعلى قولهما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته اعتقها او دبرها او ولدت منه فاقر المشتري بذلك او ابى اليمين وقضي عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان اقام المشتري البينة على البائع بذلك ان تشهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه ثبت ببينته انها لم تدخل في العقد فكان مدعيا الدين فلا يكون متناقضا فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتأخر لا يبطل الشراء السابق **قوله** (ومن باع دار الرجل) اي عرصة غيره بغير امره وفي جامع فخر الاسلام معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدما ادخلها المشتري في بنائه فكذبه المشتري لم يضمن البائع عند ابي حنيفة لمن اقر له بالغصب شيئا وهو قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار هل يتحقق اولا عند ابي حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن **فروع** تتعلق بهذا الباب لو باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فاجيزا معا ثبت الاقوى فتصير مملوكة له دون الزوجة ولو زوجها كل من رجل فاجيزا بطلا ولو باعها كل من رجل فاجيز تنصف بينهما ويخير كل منهما بين اخذ النصف او الترك ولو باعه فضولي وآجره آخر او رهنه او زوجه فاجيزا معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع اقوى وكذا تثبت الهبة اذا وهبه فضولي وآجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير احق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة احق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع احق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع فيما لا يبطل بالشيوع كما لو باع فضولي عبدا ووهبه آخر واجيزا معا لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرض رجل واحد له فاجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلا يلحقه الاجازة لو غصبا من رجلين وتبايعا واجاز المالكان جاز ولو غصب النقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم اجاز جاز لان النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمستأجر انه موقوف على اجازة المستأجر والمرتهن لو

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى الآية وبالسنة وهو ما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم والقياس وإن كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه

وصل إلى المالك لوفاء الدين والإبراء ففسخ أو إجازة أو تمام المدة تم البيع ولو لم يجز فللمشتري خيار الفسخ إذا لم يعلم وقت البيع بها وإن علم فكذلك عند محمد قيل وهو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف ليس له الفسخ إذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للتاجر فسخ البيع بالاتفاق ولا للراهن والموجر وفي المرتهن اختلاف المشايخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف إن أقر به الغاصب أو كان للمغصوب بينة عادلة فلو أجاز تم البيع وإلا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لا لأنه خلف بدلا والأول أصح وروى ابن سماعة عن أبي يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام البائع في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه إلى المشتري ثم إن الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمد إن صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وإن صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على إجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاضي وكذا الذي بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على إجازة الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صحت إجازتهم ويهلك الثمن من مال الغرماء وإن أجاز بعضهم البيع ونقض بحضرة العبد والمشتري لا تصح الإجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارث يتوقف على إجازة الورثة أو صحة المريض فإن صح من مرضه نفذ وإن مات منه ولم تجز الورثة بطل والله أعلم

باب السلم تقدم أن البيع ينقسم على بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لأنه إما بيع عين بثمن وهو المطلق أو قلبه وهو السلم أو ثمن بثمن فالصرف أو عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض تقدما وشرط في الأخيرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما فقدم ما تقدم انتقالا بتدريج وخص لتحقق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له فيعرف ما ذكر أن معناه الشرعي بيع آجل بعاجل وما قيل أخذ عاجل بآجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم إليه بعتك كذا حنطة بكذا إلى كذا فيذكر باقي الشروط أو بقول المسلم اشتريت منك الخ وفيه خلاف زفر وعيسى ابن أبان وصحة المذهب عنه مسير الوجه لأن العبرة للمعنى ومعنى سلمت إليك إلى كذا وبعتك إلى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وإن كان على خلاف القياس فذاك باعتبار أمر آخر لا يرجع إلى مجرد اللفظ وعرف أن ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه وسيذكر المصنف شرائطه وأما حكمه فثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة وأما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والوجه المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف كما عبر في الشرعي كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضيه إياه وجعل إعطاء العوض للمسلم إليه فيه فيصار كأنه هو إذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في أسلمت إليك للسلب بمعنى أزلت سلامته رأس المال حيث سلمته إلى مفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع مآلا وصحة هذا الاعتبار موقوف على غلبة توامه عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب لاستيفاء **قوله** وهو يعني السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة أخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس قال أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزاه بعض متأخري المصنفين إلى البخاري وهو غلط فإنه لم يخرج في صحيحه لأبي حسان الأعرج واسمه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون قال المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض

قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان والعبرة في العقود للمعاني والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك

رواية السلف المؤجل على هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ما روى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله مضمون إلى أجل مسمى معناه مقررين وقوله مسمى أي معين وكذا بالسنة إلا أن لفظ الحديث كما ذكره المصنف غريبة وهو أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم وإن كان في شرح السنة للبغوي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر أنه حديث مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان رواه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع إلى أن قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم ومن الرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين فقال من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال إن كنا لنسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس إذ هو بيع المعدوم ووجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل إذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى الثمن وقدرة في المآل على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المآلية فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لأنه بيع المعدوم قال بل هو على وفقه فإنه كالابتياع بثمن مؤجل وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام انزع فيه فالحاصل أن قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة بيع الحلول كسائر الديون المؤجلة وإلى كلامه وحاصله مبني على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وأن قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل أنه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلي وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة وليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة عنده وقوله أي فرق إلخ لا يفيد أنه على وفق القياس وكلامه لا يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم فرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لأن الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس رضي الله عنه ما يفهم أنه رآه على خلاف القياس وكون فيه مصلحة الناس لا ينفي أنه على خلاف القياس بل لا معنى لهذه المصلحة تشريع وإن كان على خلاف القياس قال المصنف والمراد بالموزونات التي يجوز السلم فيها غير الدراهم والدنانير أما الدراهم والدنانير فإن أسلم فيهما دراهم أو دنانير فالاتفاق أنه باطل وإن أسلم غيرهما من العروض كحنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح مسلما بالاتفاق لأن المسلم فيه لا بد أن يكون مثمنا والنقود أثمان فلا يكون مسلما فيها وإذا لم يصح فهل ينعقد بيعا في الكر والثوب بثمن مؤجل ويبطل اسم السلم خلافا قيل يبطل وهو قول عيسى بن أبان وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل وهو قول أبي بكر الأعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن أبان أصح لأن تصحيح العقد إنما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباه في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبار آخر إلا باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله إلا أن الأول عندي أدخل في الفقه لأن حاصل المعنى الصادر بينهما إعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه إلى الآخر بدراهم مؤجلة وهذا من أفراد البيع بلا ريب إذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وإدخال الباء على الثوب كإدخالها على الثوب المقابل بالخمر فيما إذا اشترى خمرا بثوب فإنه لا يبطل بل يفسد وإن كان يقتضي أن يكون المبيع هو الخمر ويبطل اعتبارا لتصحيح

قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولابد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لاتتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رح انه لايجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رح لايجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لايجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما

عن منها الكن **قوله** وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع اي عدد الذرع والصفة والصنعة ولابد منها اي من هذه الثلاثة لتنضبط الذي هو شرط الصحة وعرف من تعليله هذا ان شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى المنازعة فلهذا اجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبواري اذا بين الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انتهى وهذا في عرفهم وعرفنا في ثياب الحرير ايضا وسائر المساحات الكل كلما ثقل ازدادت القيمة فالحاصل انه لابد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل او بالخفة فان قيل ينبغي ان لايصح السلم في غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المفيد شرعيته الا الكيل والوزن فلايقاس عليهما غيرهما الا ان يقال السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس عندك ودليل التخصيص القياس جاز ان يعلل ويلحق بالمخرج غيره لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكمه دليل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على ان ما خالف القياس لايقاس عليه فالجواب ان شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام هو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي وهو لا تبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييد له بما اذا لم يذكر الاجل في البيع فاذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا البعض ليكون تخصيصا ما ليس عنده بل كل ما ليس عنده بلا ذكر اجل على عمومه في منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته كما ان ما عنده ايضا لايجوز بيعه غير سليم من جهالته وعدم ضبطه فالحاصل ان كل ما شرطه من الضبط يجوز بيعه باجل ولايجوز بلا اجل وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما الا ان يقع على تقدير السلم بل حاصله انه تعيين الاجل والكيل على تقدير السلم في المكيل اي بشرط الصحة لعدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء من هذه الثمار فيسلفها الى اجل معلوم وفي كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجي فانه مظنته ذلك من الاقدام على اخذ الثمن العاجل واعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا اجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للعلم بان سبب شرعيته لايختلف وهو الحاجة الماسة الى اخذ العاجل على الاجل في ثابتة عن المذروعات كما في المكيلات والموزونات يفهم من ذلك كل من سمع سبب الشرعية المنقول في اخبار الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد او لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة اعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل في الذرعيات مانع وهو ان الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلايلحق بهما فالجواب ان قلت الذرع لايضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح بل الذرع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس الا في الصفة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لابد من ذكر الاوصاف حتى ينضبط كما ان المكيل ايضا لايكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد المكيل بل لابد ان تذكر الاوصاف معه فتأمل هذا التقرير فان في غيره خبطا واسعا والله اعلم **قوله** وكذا في المعدودات التي لاتتفاوت كالجوز والبيض اي يجوز السلم فيها عددا لان العددي المتقارب مضبوط بالعد ومقدور التسليم فيجوز السلم فيه عددا والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بعد ان يكون من جنس واحد لان التفاوت يسير لا عبرة به وهذا هو الضابط في العددي المتقارب وهو مروي عن ابي يوسف وعليه قول المصنف

وكذا في الفلوس عدداً وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز لأنها أثمان ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي يجوز لأنه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب

إن التفاوت في ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤوس والأكارع والسفرجل ولا يجوز السلم في شيء منها عدداً للتفاوت في المالية إلا بذكر ضابط غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة اليواقيت واللآلي فلا يجوز إلا بذكر مميزات وأجازوه في نحو الكاغد عدداً إذا بيّن التفاوت فيه بقطع ظاهر أو قيل يشبه أن يكون بقالب خاص وإلا لا يجوز وكون الباذنجان متقارب التفاوت لعله في أزمانهم ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه في الإسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي و الفرنج لعدم اعتبار التفاوت بين جنسين لكثرة التفاوت ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضاً ولو أسلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين وعن أبي حنيفة أنه منعه عدداً في بيض النعام لتفاوت آحاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه أن ينظر إلى الغرض في عرف الناس فإن كان الغرض في عرف من بيض النعام الأكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز وإن كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو إهداره قال المصنف وكما يجوز عدداً في العددي المتقارب يجوز كيلاً وقال زفر لا يجوز لأنه ليس بكيلي بل معدود وعنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت بين آحاده قلنا إن التفاوت فقد أهدر فلا اعتبار ولا تفاوت في ماليته وأما كونه معدوداً فمسلّم لكن لم لا يجوز كيله مع أن اعتبار القدر ليس إلا للضبط والضبط لم ينحصر في العدد بل يعرف بطريق آخر فإن قيل الكيل غير معدل فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل قلنا قد علم به ورضي رب السلم فإن أوقع السلم على مقدار بإناء هذا الكيل مع تخلخله وإنما يمتنع ذلك في أموال الربا إذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيله إنما كان باصطلاحهما على تعييره كيلاً مطلقاً ليكون ربوياً وإذا أخذناه كيلاً فوزناً أولى قوله وكذا في الفلوس عدداً أي يجوز السلم في الفلوس عدداً هكذا ذكره محمد في الجامع من غير ذكر خلاف لكن هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما عنده فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين في باب الربا وهذا الذي أراده المصنف بقوله وقد ذكرناه من قبل وإذا كان أثماناً لم يجز السلم فيها على ما ذكرنا وروى عنه أبو الليث الخوارزمي أن السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم أن من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثمناً فإذا أقدما على السلم فقد تضمن من إبطالهما اصطلاحهما على الثمنية وهو السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العدد بخلاف البيع فإنه يجوز ورود العقد على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل وامتنع بيع الفلس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وقولنا يعني السلم فيها على الوجه الذي الخ هو تقدير قول المصنف ولا يعود وزنياً يعني إذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية إلى الوزنية إذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل بها وهو العدد إلا أن يهدره أهل العرف كما هو في زماننا فإن الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل إلا وزناً فلا يجوز السلم فيها إلا وزناً في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الأعصار عددية في ديارنا أيضاً قوله ولا يجوز السلم في الحيوان دابة كان أو رقيقاً وهو قول الثوري والأوزاعي وقال الشافعي ومالك وأحمد يجوز لقول المصنف والمعنى إلا أنه يصير معلوماً أي منضبطاً ببيان الجنس كفرس أو إبل أو عبد والسن كابن مخاض أو مسنّة والنوع كعربي أو بختي أو حبشي والصفة كأحمر أو أسمر طويل أو ربعة والتفاوت بعد ذلك يسير

ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد

وهو منتف بالاجماع والا لم يصح السلم اصلا فان الغائب لو بلغ في تعريفه النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرئي فان بين جيد وجيد من الحنطة تفاوتا لا يخفى فان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا بين الثوب الديباج الاحمر وثوب ديباج احمر فعلم ان التفاوت اليسير مغتفر شرعا فصار الحيوان كالثياب والمكيل واما النص فما روى ابو داؤد عن محمد بن اسحق عن يزيد بن ابي حبيب عن مسلم بن جبير عن ابي سفيان عن عمرو بن جريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يجهز جيشا فنفدت الابل فامره ان ياخذ على قلائص الصدقة وكان ياخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم واخرج الطحاوي بسنده الى ابي رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر ابا رافع ان يقضي للرجل بكره فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه ان خيار الناس احسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان في الذمة وعن ابن عمر انه اشترى راحلة باربعة ابعرة يوفيها صاحبها بالربذة وفي رواية باربعة ابعرة مضمونة واستوصف بنو اسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموا فعرفوا بالوصف قال صلى الله عليه وسلم لا تصف المرأة المرأة لزوجها حتى كانه ينظر اليها وفي رواية لا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كانه ينظر اليها فجعل صلى الله عليه وسلم الموصوف كالمرئي وقد اثبت الشرع الغرة ومائة من الابل دية في الذمة واثبت مهرا في الذمة وصحة الدعوى في الحيوان الموصوف والشهادة به مع ان شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهود به معلوما قلنا اما المعنى فيمنع ان بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش فان العبدين المتساويين سنا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة والاخلاق والآداب وفهم المقاصد ما يصيره باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجملين بخلاف الثياب فانها مصنوعة العبد بآلة خاصة واذا اتحدت لم تتفاوت الا يسيرا وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلا باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الحيوان كذلك وقول المص فلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد يريد يتفاوتان قليلا لا عدم التفاوت اصلا كما هو استعمال قلما فان هذا الفعل اعني قل ذاكف بما استعمل للنفي كقوله صددت فاطولت الصدود وقلما وصال على طول الصدود يدوم وحين علمنا انه اراد قلة التفاوت وجب ان يجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا يخفى ما في قوله غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع من التساهل واما النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه جرير بن حازم عن ابن اسحق فاسقط يزيد بن ابي حبيب وقدم ابا سفيان على مسلم بن جبير ذكر هذه الرواية الدارقطني ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحاق عن يزيد بن ابي حبيب عن مسلم بن ابي سفيان عن عمرو بن جريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن ابي سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن جريش ورواه عن عبد الاعلى ابو بكر بن ابي شيبة فاسقط يزيد بن ابي حبيب وقدم ابا سفيان كما فعل جرير بن حازم الا انه قال عن مسلم بن جبير كرواية جرير ومع هذا الاضطراب فعمرو بن جريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم اجد له ذكرا ولا اعلمه في غير هذا الاسناد وابو سفيان فيه نظر انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو اقوى منه وهو ما اخرجه ابن حبان في صحيحه عن سفيان عن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق ثنا معمر به وكذا رواه الدارقطني والبزار قال البزار ليس في الباب اجل اسنادا من هذا وقول البيهقي انه عن عكرمة مرسل بسبب ان منهم من رواه عن معمر كذلك كانه هو ينبني قول الشافعي حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داؤد

فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير

بن عبد الرحمن العطار عن معمر بسنده وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد تايد بعد تصحيحه باحاديث من طرق منها ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي واكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منه ثم ان الارسال عندنا وعند اكثر السلف لا يقدح مع انه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال ايضا اعتضد بالموصول السابق والمرسل الذي يرويه من يروي عن رجال الآخر وحديث آخر اخرج الترمذي عن الحجاج بن ارطاة عن ابي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا باس به اذا كان يدا بيد قال الترمذي حديث حسن صحيح كانه للخلاف في الحجاج بن ارطاة وحديث آخر اخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول ابن حبان مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفا وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك ايضا مع انه ليس كذلك اخرج الامام احمد ثنا حسين بن محمد ثنا خلف بن خليفة عن ابي جناب عن ابيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله ارأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل قال لا باس اذا كان يدا بيد وحمل هذه الاحاديث على كون النهي فيما اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالي بالكالي تقييد للاعم فانه عام من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب فقال المصنف وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان هو ما اخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن جوتي ثنا عبد الملك الذماري ثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوتي فيه نظر بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه ويرفعه الى الحجة بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا يجب ان يرجح على حديث ابي رافع ان صح لانه اقوى سندا اعني حديث ابن حبان ولان المانع يرجح على المبيح وفي الباب اثر ابي حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن خويلدة البكري مالا مضاربة فاسلم زيد الى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص فلما حلت اخذ بعضا وبقي بعض فاعسر عتريس وبلغه ان المال لعبد الله فاتاه يسترفقه فقال عبد الله افعل زيد فقال نعم فارسل اليه يسأله فقال عبد الله اردد ما اخذت وخذ راس مالك ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع بين ابراهيم وعبد الله فانه انما يروي عنه بواسطة علقمة او الاسود الا ان هذا غير قادح عندنا خصوصا في ارسال ابراهيم النخعي فقد تعاضدت الاحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فانما ذكر الله عنهم اوصافا ظاهرة ليطبقوها على معين موجود ولا شك في ان هذا ما يحصل به المعرفة وكلامنا في انه هل يتحقق معه التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص مطلقا سلمناه ولا منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فطريق النعت على التسامح وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص واما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فان الحيوان فيه ليس مقابلا بالمال وهو ظاهر فيجري فيه المسامحة بخلاف ما قوبل بالمال تجري فيه المشاحة فلذا ذكر فمشينا على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه فانه لا يجوز ان يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره لانه والمهر فانه ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعلنا بالآثار فيهما ولقائل ان يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشا لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن من الاوصاف الظاهرة فاذا اتى بالمشتمل المذكور منها على ما يريده المسلم يحكم عليه بقبوله

قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان يبين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل

سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن او كثيرا لان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الصفات الذكاء وجودة الفهم والاخلاق الحسنة ينبغي ان لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده تجري المنازعة في ان اخلاقه ما هي وفي تحريرها فالمفرغ في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وكذا قال محمد بن الحسن لما ساله عمرو بن ابي عمر قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا فانا نجوز السلم في الذبائح ولا نجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الذبائح ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانها مما لا تقتنى ولا تحبس للتوالد ولا تيسر اخذها ولا رجاء ان اخذه ليقام مقام الوجود بخلاف السمك الطري لرجحان امكان اخذه وهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمري وهو خلاف المنصوص عن محمد وقد روي عن ابي يوسف ان التفاوت في آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها ونحوها وهو مشكل على الدليل لانا ان عللناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص ان اعتبرنا عمومه وجب ان لا يجوز فان قيل فالسمك الطري مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب لقلة التفاوت قلنا انما يتم لو شرطيات السمك الطري في السلم فيه وليس كذلك بل كيف ما كان حتى لو ثبت ذلك كان لنا ان نمنع صحة المسلم فيه قوله ولا في اطرافه اي لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب قيل المانع مبني على منع السلم في الحيوان وهي من اجزائه وليس بشيء لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهي تعبدا ولا المعنى ان كان معلولا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الحيوة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة وكذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمعنى ذكر في شرحه انها عددية متفاوتة لا مقدار لها فامتنع السلم عددا وغير عدد لانتفاء المقدار وعندي لا باس بالسلم في الرؤس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي الشروط فان الاكارع والرؤس من جنس واحد يتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجواز عددا بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يراد انها رؤس عجاجيل او اكبار ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير ولا في الجلود عددا وكذا الاخشاب والجوالقات والفرا والثياب المخيطة والخفاف والقلانس الا ان يذكر العدد ولقصد التعدد في المسلم فيه ضبطا للكمية ثم يذكر ما يقع به الضبط كان يذكر في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديم يقول طائفي او يزغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كنقط او جوز ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغد عددا محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه الا ان يغني ذكر نسبته عن قدره كورق حموي وفي الجواليق طوله وسعته وكذا كل ما كان مميزا له عن غيره قاطعا للاشتراك وكذا لا يجوز في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة شبرا او ذراعا فانه يجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى انه لا يجوز السلم فيها اصلا بل لا يجوز بهذا العدد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه نحوا وهو اضبط والطيب وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يعطل ان عليه الا ان يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قوبل نحو الحنطة بجنسها وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربا اما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان راس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضيا بضبطه وزنا كيلا يصير تفاوت الحنطتين المتحدين الوزن كيلا وبهذا تضعف رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضي خان ان الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في القت وزنا والرطبة القضب والجرز بضم الجيم وفتح الزاي المهملة جمع جرزة وهي الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه واما الجزز بكسر الجيم وزايين اولهما مفتوحة فجمع جزة وهي الصوف المجزوز قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل بكسر الحاء مصدر ميمي

حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض

من المحلول حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك وهو موجود عند العقد والمحل لا يجوز وهو قول الاوزاعي والثوري وقال الشافعي ومالك واحمد واسحق اذا كان موجودا عند المحل جاز وان كان منقطعا وقت العقد او بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم ايضا اطلاق الحديث المتقدم اعني انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث فانه في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه وحين لم يبينه لم يثبت بل يلزم انه ليس شرطا بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه ابو داود وابن ماجه واللفظ له عن ابن اسحق عن رجل نجراني قلت لعبد الله بن عمر اسلم في نخل قبل ان تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا اسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العام فقال المشتري اخره حتى تطلع فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للبائع اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه ووجه الدلالة انه لا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رايت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولا للنهي ويدل عليه ما اخرج البخاري عن ابي البختري سالت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء بناجز وسالت ابن عباس عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتبحر انهما فهما من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده عند العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم واما لزوم وجوده بينهما فانما هو لعدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما لا غير احداث قول ثالث او نقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع ان الاداء يتاخر عنه فلا يفتقر اليه الا لاجل ان اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر في مدة الاجل لان الظاهر استمرار الموجود وبالاستمرار يتمكن من التحصيل فان اخذ السلم مظنة العدم وبالاخذ بذلك يتمكن من التحصيل شيئا فشيئا في مدة الاجل وباعتبار المظنة مناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من المسلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع لاهل النخل فان ما يسلم فيه لا يختص وكثيرهم يحصل المسلم فيه بدفعات ارايت المسلم اليه في الجلود والذبح عند حلول الاجل العدد ليس يعطي جلودا لرب السلم وكذا الاسماك المالحة والثياب والاخشاب الصنوبر والاعسال والشاهد في بعض من له نخل او زيتون ان ياخذ اكثر ما يحصل له ليعطي ما يخرج له ويشتري الباقي وكثيرا ما يعدون ليستحركوا في راس المال ويتفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلون المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقد ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره ابو بكر البلخي وتواردوا عليه وفي مبسوط ابي اليسر لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يحتمل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو اسلم في الرطب ببخارا لا يجوز وان كان يوجد بسجستان ولو انقطع بعد المحل اي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم

قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت قال ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به

قبل القبض في البيع العين فان الشئ كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته كما لو اشترى الفلوس ثم كسدت قبل القبض بطل العقد فكذا هنا ولنا ان السلم قد صح ثم تعذر التسليم بعارض على شرف الزوال فيتخير المشتري كما لو ابق المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تأخر التسليم الى ان كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع العين فان بهلاكه يفوت محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها وان ثبتت في الذمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هي اثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لان لادراك الزرع والثمار اوانا معلوما وكذا الغير لها اوان يكثر وجودها فيه من السنة يرخص قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما بان يقول من بري او بحري او في سمك الاسكندرية او تنيس او الدونس وغيرها لانه معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت واما الصغار فيجوز فيه وزنا وكيلا وسواء فيه الطري والمالح في التحفة وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك انه ليس برديء ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد مليح ومملوح ولا يلتفت الى قول الراجز يطعمها المالح والطريا وذاك مولد لا يؤخذ بلغته واما الطري فيجوز فيه حين وجوده وزنا ايضا فان كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو اسلم في الصيف وجب ان يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني ان يكون السلم مع شرطه في حينه كيلا ينقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت في احاده وعن ابي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فانه منع السلم في اللحم وعن ابي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع اجازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب والظهر او الفخذ ولا يتأتى في السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطياد يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد ولو دام ذكره قوله ولا خير في السلم في اللحم وهذه العبارة تأكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الخبز وقول من قال ان المجتهد يقوله فيما يستخرج من الحكم بالرأي تحرزا عن القطع في حكم الله بالرأي بعيد فكل الاحكام القياسية الظنية معبر عنها بالفقه بلا يجوز كذا ويجوز كذا وكلها من هذا القبيل لانه قد استقر عند اهل العلم انها مظنونات لا مقطوعات وايضا المجتهد قاطع بان حكم الله في حقه ذلك وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما لكونه ذكر او خصيا ابيض من نحو الضان وسنه ثني من الفخذ او الكتف او الجنب مائة رطل من التحانق او العيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع ابو حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرناه وجه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل الاستدلال على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جاز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعا معلوما فان فيه عظما كان تراضيا عن قطعه لما تضمنه من العظم فلانه ثابت باصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا جاز السلم في الالية مع انها لا تخلو من العظم والسلم فيها وفي الشحم بالاجماع بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه لان عضو الطير صغير وهذا انما هو في منعه مطلقا وحاصل الكلام فيه ان الانصباء من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قيل هو على الخلاف عنده يجوز وعندهما لا يجوز وقيل يجوز عند الكل لان

قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلابد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع

ايضا من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب ان يكون محل ما في الكتاب من المنع مطلقا في مخلوع العظم فان القلة مخصصة تابتثم يجرى بانه اذا اسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلا ان يبين للوضع بعد كونه منظما فان من الناس من لا يجب الصدر منها فيقول اوراكا او غير الصدر او بعض سے على صدر او اوراكها فان اطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب ان لا يجوز لحصول المنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف اغراض الناس ولابي حنيفة رحمه الله وجهان احدهما انه يقع سلما في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مقصوده من العظم قليل معلوم اهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما اذا سمى موضعا كان تراضيا على قطع ما تضمنه العظم قلت المشاهد في بيع اللحم حالا بعظمه وجريان المماكسة بين البائع والمشتري حتى ان المشتري يستكثر ويمارس ويتبرع بعظمه لجواز البيع ولكن في الاجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ثانيهما انه يختلف بحسب الفضول سمنا وهزالا فاذا سمى السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه انه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابي شجاع عنه قال المص وهو الاصح لان الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع احدهما كما يثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع مما ذكر في باب الاستحقاق في الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بانه من ذوات القيم الا هنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه ذكر في اوسط غصب المنتقى ان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته وحل عبارة المص ان القبض اي قبض اللحم القرض يعاين فيعرف مثله به اسے بالمقبوض اما السلم فليس فيه مقبوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفى به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا ايضا ممنوع بل ذاك مذهبهما وبعد التسليم اي تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسبيجابي انه يضمن بالمثل الا ان ينقطع عن ايدي الناس وهو الوجه لان جريان ربا الفضل فيه قاطع فانه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بان المعادلة في الضمان منصوص عليها وتمام المعادلة بالمثل انه مثل صورة ومعنى والقيمة مثل معنى فقط لان الموجب الاصلي رد العين والمثل اقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين السلم والقرض ان القبض في القرض معاين محسوس فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول اما السلم فانه يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للموجود عند القبض كمعرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب المثل وهذا معنى قوله اما الوصف فلا يكتفى به اي لا يكتفى بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض اولا والمقبوض ثانيا ولما اهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقا ثبت الربا بين لحمي نوع متفاضلا وان اختلف موضعهما كلحم فخذ مع لحم ضلع قوله ولا يجوز السلم الا مؤجلا وهو مذهب مالك واحمد وقال الشافعي يجوز السلم حالا بان يقول مثلا اسلمت هذه العشرة في كر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وابو ثور وابن المنذر لاطلاق النص هو قوله ورخص في السلم والظاهر انهم لا يستدلون به لانهم اهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم انه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلوا على نفيه بانه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والغرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من راس المال ولهذا اوجبنا تسليم راس المال بخلاف الكتابة الحالة فان العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير ان يدخل في ملكه شئ فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة واما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم في شئ فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فليس معناه الامر بالتاجيل

والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف اليوم والأول أصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن أبي يوسف قال ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار عليه السلام حيث قال أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة

في السلم فيمتنع الحال بل معناه من أسلم في كيل فليسلم في كيل معلوم أو في موزون فليسلم في وزن معلوم أو إلى أجل فليكن إلى أجل معلوم لأنه لو لم يكن كذلك لكان أيضاً أمراً بأن يكون السلم في كيل أو موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لأن النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لا شك أن أهل الإجماع قاطبة في إخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين إلى نفقة عاجلة قادرين على البدل لقدرة أجله فلا يتحقق محل الرخصة إلا مع ذكر الأجل فلا يجوز في غيره وكونه قادراً حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الأجل فلم يلتفت بعد ذلك إلى كون المبيع معدوماً من عند المسلم إليه حقيقة أو موجوداً قادراً هو عليه تقول المصنف ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص معناه لو لم يذكر الأجل والله تعالى أعلم وقولهم الغرر في السلم الحال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئاً أصلاً بعد ما بينا أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض في الحال فإن الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي المنتفية في السلم الحال **قوله** والأجل أدناه شهر إلخ في التحفة لا رواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم وفي المبسوط في مقدار الأجل اختلاف الروايات عنهم والأصح ما روي عن محمد أنه مقدر بالشهر لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الإيضاح فإن قدر نصف يوم جاز وبعض أصحابنا قدروا بالثلاثة أيام استدلالاً بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لأن التقدير ثمة بالثلاثة بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر انتهى والتقدير بالثلاث مروي عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي وصحح المصنف الأول لأنه مروي عن محمد ولأنه مأخوذ من مسئلة اليمين وهي ما إذا حلف ليقضين دينه عاجلاً فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه آجل قالوا وعليه الفتوى **قوله** ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه قال المصنف معناه إذا كان لا يعرف مقداره أما إذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع وإنما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الإيفاء قال وقد مر من قبل يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه إلى أن قال بخلاف السلم إلخ وقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضاً في بيع العين بالعين لأنه بيع ليس بكيلة ولا مجازفة وبيع الحنطة إنما يجوز على أحدهما والصحيح الأول والحصر ممنوع وبتقدير التسليم فهذا بيع مجازفة ثم لا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع والحديد والخزف مثلاً فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والغرارة لا يجوز للمنازعة عند التسليم إلا في قرب الماء لما روي عن أبي يوسف للتعامل فيه فإنه أجازه وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل أو غير ذلك مثلاً بهذه القربة وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة أن لا يجوز إذا عين هذه القربة ولكن بمقدارها والله أعلم والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مع تشديد الباء فيقال زنبيل **قوله** ولا في طعام قرية بعينها كحنطة بلدة الخمسين أو المحلة ببلاد مصر أو ثمرة نخلة بعينها أو بستان بعينه لأنه قد تعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم قال المصنف وإليه أشار صلى الله عليه وسلم أرأيت لو ذهب ثمرة هذا البستان ثم يستحل أحدكم مال أخيه فإن معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع شيئاً إن لم يخرج ذلك البستان شيئاً فكان في بيع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية وشامية فإن احتمال أن لا يثبت في الإقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء

قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية
وصفة معلومة كقولنا جيد او ردى ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه
ما رويناه والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود
وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم
ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب
وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال

كان ورووه في السلم او في البيع مطلقا والواقع ان معناه ورد في السلم وفي البيع مطلقا اما في السلم فما قدمناه من حديث ابي داود وابن ماجة
في الذي اسلم في تلك الحديقة النخل فلم يطلع شئ فاراد المسلم اليه ان يمنعه الثمن الذي كان اخذه وقال انما النخل هذه السنة حيث قال له
رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه الحديث واما في البيع ففي مسلم عن جابر ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لو بعت من اخيك تمرا فاصابته جائحة فلا يحل لك ان تاخذ منه شيئا بم تاخذ مال اخيك بغير حق فيصدق على كل من
السلم والبيع ويمكن ان يكون دليلا على ان هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة ايضا وفي الصحيحين عن انس ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال ان لم يثمرها الله فبم يستحل احدكم مال اخيه هذا فلو كانت نسبة الثمرة الى قرية بعينها لبيان الصفة لا لتعيين الخارج من ارضها
بعينه كالخشمراني ببخارا والبساخي وهي قرية حنطتها جيدة بفرغانة لا باس به ولانه لا يراد خصوص النابت هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة
هناك لانه اقليم وكذا اذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فالسلم فيه جائز في طعام العراق والشام سواء
كذا في ديار مصر في قمح الصعيد والذي في الخلاصة ذكر معناه في المجتبى وفي غيره لو اسلم في حنطة بخارا او حنطة سمرقند او اسبيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعها
ولو اسلم في حنطة هراة لا يجوز او في ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في مفهوم
الانقطاع بخلاف اضافة الثوب لانها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان وكذا لو اتى المسلم اليه في ثوب هروي نسج في غير ولاية هراة
من جنس الهروي يعني من صفته ونوعه يجبر رب السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضي العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز
وبينها في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة للبيان لا لتعيين المكان كالخشمراني فانه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع
مثل الثوب جاز السلم والا لا اما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو اسلم في حنطة
حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم قوله ولا يصح
الا بسبع شرائط تذكر في العقد اما عندهما ففي الجنس الاولى ولا شك ان للسلم شروطا غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم
وشرائط جمع شريطة فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الاصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود
وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس الا المشهور سبع شرائط جنس معلوم كحنطة وشعير ونوع
وهي ما تسقى بالمطر نسبة الى البخس لانها منقوصة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا وصفة معلومة
مقدار معلوم كذا كيلا بمكيال معلوم فهذه اربعة تشترط في كل من راس المال والمسلم فيه فهي ثمانية
راس المال السلم ولا ينعكس فان ينقود ويكون راس مال ولا سلم فيه والخامس اجل معلوم والاصل
عليه وسلم من اسلم منكم الحديث نص على شرط القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقي
قوله والفقه فيه ما بينا يعني قوله ولان الجهالة مفضية الى المنازعة والسادس ذكر مقدار راس
ينقسم اجزاء المسلم فيه على اجزائه وهو ان يكون الثمن من المكيلات او الموزونات او المعدود
احد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الايفاء وهو يخص المسلم فيه والثالث

والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر وصار كالقرض والغصب ولأبي حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة

أشياء عادة لا يكون فيه خيار شرط. الرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم في التبر روايتان والخامس عشر انتقاد الثمن على قول أبي حنيفة كذا ذكره والسادس عشر اشتراط بيان شرطه لا علامه بقدره والسابع عشر تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة أي ولكان فلا يحتاج إلى أجرة ونحوه لنقله وقالا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا يقبضه وقته ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد مسألتان خلافيتان منه ومنها لهما في الأولى وبقولهما قال مالك وأحمد والشافعي في قول إن المقصود في إعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة يحصل بالإشارة إلى العين والثمن المعجل فاستغني عن إعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل والأجرة الموجبة في الإجارة والمضاربة إذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فإنه جائز وكرأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فإنه لا يشترط فيه إعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ما روي عن ابن عمر أنه قال ... وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس والقياس في المسلم فيه بجامع أنه عوض ما وله عقد السلم ولأن جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤدية إليه وما يؤدي إلى الممتنع شرعا يمتنع شرعا بيان تأديته إليه أنه ربما ينفق رأس المال إنما يعقده المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ويرده وقيل يكون أكثر رأس المال زيفا فإنه إذا رده واستبدل به في المجلس يفسد السلم عند أبي حنيفة لأنه لا يجوز الاستبدال في أكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال به في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقداره وذلك فإذا لم يكن قدره الكيل معلوما لم يدر كم انتقض وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضا فهذا وإن كان موهوما فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم لشرعه مع المنافي وهو كون المبيع معدوما فإن المشرع لذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيؤثر فيه توهم المفسد المذكور وهو في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم أرأيت إن أذهب الله تعالى الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فإذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الأوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجعول رأس مال مخرقا أو سمى عددا من الذرعان فيه فوجده المسلم إليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تالفا لا ينتقض من المسلم فيه شيء بل المسلم إليه بالخيار إن شاء رضي بكل المسلم فيه وإن شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بأن هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فإن في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد لذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيها أيضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فإن المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا يخرج الثمرة وأجيب تارة بأنها شبهة واحدة فإن الكل مبني على وجود الزيف وتارة بأن السؤال فاسد لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة وليس هذا كذلك وإنما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق الحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد إجماعنا على أنه لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة المجهول قدره فيبطل في الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما في المسألة الثانية وهي اشتراط مكان التسليم فيما له حمل ومؤنة أن مكان العقد يتعين للإيفاء لوجود العقد لما صح اشتراط غيره فإن تغيير مقتضى العقد مردود وهو مفسد على ما هو رواية عن أحمد وصار كالنقد فإنه ينصرف إلى غالب نقد البلد ما لم يسم ما لغيره فينصرف إليه ويلحق بالثمن فإن العقد يقتضيهما معا فاقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر ذلك وصار المكان كالزمان الذي هو أول أوقات الإمكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم ولا دار على قول الكرخي في الأمر

وعلى هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين مكان العقد ومكان تسليم الدابة للايفاء

[illegible]

المطلق وتقريره ان التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يزاحمه فيه غيره فيتعين كاول اوقات الامكان والحاقا ايضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويدل على تعيين غير مكان العقد غير مفسد بخلاف ما اذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشتراه في المصر او خارجه اجيب بالفرق بان المشتري يملك العين بمجرد الشراء فاذا شرط حملها فقد شرط حملا في ملكه مع الشراء ثم سمى الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بائعا آجرا ومشتريا مستاجرا معا فهو صفقة في صفقة فيفسد اما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين وانما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر حمل من البائع في ملك نفسه فلا يكون بائعا واجرا واورد ايضا في الفوائد الظهيرية عن محمد ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السواد ان كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين زمان البيع مكانا للتسليم لم يكن له خيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت جوالق الحنطة في بيت واحد فان كانت في بيتين وسواد فالبيع فاسد لافضائه الى المنازعة لان المشتري يطالبه بالتسليم في اقرب الاماكن والبائع يسلمه اليه في الابعد وهذا كله دليل ان مكان البيع لا يتعين

وحاشية: قوله وتعيين

اجاب بانه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين اذا كان ولا في حقيقته ان التسليم في السلم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب فان التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا اندفع قياسه على اول اوقات السلم فانه يجب تسليمه في الحال فيقتضي منع ما قالا من ان وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى الى آخر تعيين مكانه فاذا لم يتعين فالجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان دفعا للمنازعة لان المسلم اليه يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل ورب السلم على عكسه وبخلاف راس المال لان تسليمه واجب في الحال فاقترقا والحاقه بالاول في تعيين اول اوقات بالاجماع لكن لا يخفى ان قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد ما يرد عليه المنع اذ لا ملازمة تظهر والمانع من تعيينه مع تاخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى ان يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحاقهما بالاستهلاك والقرض لظهور الفارق بينها وبين السلم والثمن في العين محل النزاع لان ابا حنيفة في الصحيح عنه يرى انه لا يتعين ايضا اذا كان مؤجلا وانه يجب تعيينه ايضا كما سيذكر المصنف وبراس مال السلم منع فيه حكم الاصل فانا لا نعين مكان العقد لتسليم راس مال السلم بل ان يقبضه قبل الافتراق حتى يجيء الكلام الى الكالي بالكالي فلو عقدا السلم حنينا ومشيا ثم سلمه اليه قبل ان يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه فيتعين نعم لا يستلزم وجود الموجب في مكان ان يوجب متعلقا في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك اذ يجوز ان يوجد في مكان ويتاخر الايجاب مطلقا فلا يثبت هذا الملازمة الا سمعا

قوله وعن هذا اي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا في صفة الثمن او المثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا في جودته ورداءته وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحالفان لان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع هكذا ذهب قال وعلى هذا الاختلاف الثمن في البيع الناجز اذا كان له مؤنة حمل وهو مؤجل في بيع العين والاجرة بان استاجر دارا مثلا بالة مؤنة حمل وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمهما وعندهما لا والقسمة فيما

قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه فى المكان الذى اسلم فيه قال رضى الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر فى الاجارات انه يوفيه فى اى مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب فى الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبى عليه السلام عن الكالى بالكالى وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض

اذا اقتسما دارا وجعل مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك فى الثمن بالاجماع والصحيح انه يشترط عنده واذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وعندهما يتعين مكان الدار فى القسمة ومكان تسليم الدابة فى الاجارة للايفاء قوله وما لم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعنى القليل منه والا فقد يسلم فى امنان من الزعفران كثيرة تبلغ احمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعى ويوفيه فى المكان الذى اسلم فيه وكما قلنا يتعين مكان العقد معادا واذا كان مما يتاتى التسليم فيه واما بان اسلم اليه وهما فى مركب فى البحر او جبل فانه يجب فى اقرب الاماكن التى يمكن فيها منه قال المصنف وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع يعنى من اصل المبسوط و ذكر فى الاجارات من اصل المبسوط يوفيه فى اى مكان شاء وهو الاصح والاصح من قول الشافعى ايضا لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ما له مؤنة فان الحنطة والحطب يوجد فى المصر والسواد ثم يشترى فى المصر باكثر مما يشترى فى السواد ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيده والشرط الذى لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح وبه قال الشافعى واحمد ذكره فى التحفة ثم لو عينا المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا يعنى القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا ان يبين لانه يفضى الى المنازعة ذكره فى المحيط ولو شرط ان يوفيه فى مكان ثم يحمله الى منزله لا خير فيه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا وروى البلخى عن اصحابنا انه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء فى موضع ثم يحمل الى منزله اما لو شرط الايفاء فى منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفى بيع العين لو شرط على البائع فى المصر ان يوفيه الى منزله والعقد فى مصر جاز عند ابى حنيفة وابى يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع و لو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط احدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيف ما كان ولو شرط ان يوفيه الى مكان كذا فسلمه فى غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز اخذ الكراء لان شيئا رده اليه ليسلمه فى المكان المشروط لانه حقه قوله ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه وهذا تحقيقه ان قبض راس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة اما اذا كان راس المال من النقود فلانه لو لم يقبض افترقا عن دين بدين بها لا يتعين فلا يصح العقد الا على دين فى الذمة يقع به العين المباحة له وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالى بالكالى اى النسيئة بالنسيئة الا ان الكالى بالتاخير ويقول اذا لم يشترط اجل لا يخرج الى الدين فا ويقول قال الشافعى واحمد وان كان عينا فقى القياس لا يشترط تعجيله لان عدم تسليمه لا يؤدى الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفى الاستحسان يشترط لان مقتضى الاسم الشرعى لان الاسلام والاسلاف ينبئ عن تعجيل المسلم دون الآخر لان وضعها فى الاصل لاخذ عاجل باجل فالشارع قرره كذلك فيجب ان يثبت على اعتبار المعنى الذى اعتبر فيها ولو فرضنا فرضنا انها صارت اعلاما بالاصل الوضع كان باعتبار ما اعتبر فى معناها من الاحكام فلزم التعجيل ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم اليه اذ الغرض افلاسه وحاجته فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه الى الاجل ولهذا اى لانه لا يشترط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم الذى هو الملك وهذا على قول ابى حنيفة ظاهر فانه وان خرج البدل من ملك من لم يكن له حق خيار لم يدخل فى ملك الآخر وعلى قولهما هو ملك متزلزل فانه بعرضية ان يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لانه مبنى على تمام الملك فى المقبوض بخلاف الاستحقاق فان راس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو اجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس بقضية السبب بل

ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر رح وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا

وجه طلقا لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز ان يجيز ذلك الغير فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك مع تحقيقه السبب بنفسه وتجعله في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تاثيره اكثر من تاثير عدم القبض وكان اولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم اصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار البائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف ولذا لا يثبت فيه اي في السلم خيار رؤية بالاجماع لانه غير مفيد فان فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولانه لا اعلام الا بذكر الصفة مقام ذكر العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا يشكل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رده ياتي به ينفسخ لانا لا نسلم ان المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سياتي اما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا او قيميا بخلاف خيار العيب في المسلم فيه فانه يصح لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو تام وقت العقد قوله ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز السلم خلافا لزفر وانما قيد بقيام رأس المال لانهما لو اسقطاه بعد انفاقه او استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالهلاك صار دينا في ذمة المسلم اليه ولو صح كان برأس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الان في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود اشرعا وقول الشافعي ومالك كقول زفر وقد مر نظيره في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا خلافا لهم قال المصنف وجملة الشروط جمعوها الى آخره فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تتم خمسة ومن صفته ان يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية او غطريفية فان لم يختلف وتساوت رواجا يعطيه من ايها شاء ولو تفاوتت رواجا انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا اذا سمى مؤدية يعطيه الاشرفية والجقمقية لتعارف تسمية الكل مؤدية والاستواء في المالية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتاجيله وبيان مكان الايفاء يتم احد عشر واما القدرة على تحصيله فالظاهر ان المراد فيه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطا عندنا ومعلوم انه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيوانا وانتقاد رأس المال اذا كان نقدا عند ابي حنيفة خلافا لهما فان لا يشمل البدلين احدى علتي الربا وعدم الخيار فظهر ان قوله وجملة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم انه لو اسلم مائتين في كر حنطة منها مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة ان السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد في الكل خلافا لزفر وجه قوله انه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد والفساد جعل قبول العقد في حصة الدين شرطا لقبوله في حصة النقد فهذا شرط فاسد وقلنا ان الفساد طار فلا يشيع في غير محل المفسد اما ان اضاف العقد الى مائتين مطلقة بان قال اسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين فظاهر واما ان اضاف الى الدين والعين جميعا بان قال اسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند ابي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح ان الجواب فيهما عدم الفساد عنده لان العقد لا ينعقد بالدين ولو قيد به بدليل ان من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد الا اذا كان يعلمان عدم الدين فينعقد لامر آخر وهو انه حاز لان المبيع حيث عقد بيعا بلا ثمن بخلاف ما لو

قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر والحجة عليه ما ذكرناه

كانت المائة عاجلة بالبيت فانه يشيع بالفساد ولذا قيد المصنف كون المائة دينا على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست الا في حقهما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم فح لم يلزم قوله جعل القبول في احدهما شرطا في الآخر او لم يلزم الفساد بالاضافة لفظا الى الدين وكان الفساد طاريا بالاشتبه وقال في المنظومة ان كان راس المال نوعين فقد بذا او دين ذاك فالكل فسد ان لم يبين قسط ذا وقسط ذاك كالبر والشعير والزيت كذا فاستشكل على مسئلة الكتاب فقيل انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول ابي حنيفة لان عنده اذا ورد العقد على شيئين وفسد في احدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطا الخ وقال الا ان هذا في الفساد المقارن الذي يكون في صلب العقد لا في الطارى وههنا طار لان قبض راس المال شرط لبقاء العقد على الصحة اما العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصفى بان هذا يقتضي ان لا يفسد في حصة النقد اذا كان راس المال نوعين ايضا ثم قال يحتمل ان الفساد باعتبار ان معرفة راس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسئلة التي قدمنا انه تفريع على اشتراطه معرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو مبني على ان النقد على اشتراط معرفة مقدار راس المال الا ان على هذا لا حاجة الى التقييد المذكور بكونه هنا دينا فانه لو كان عينين تفسد فيما ذكرنا ايضا قوله لا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض اما الاول وهو راس المال فانه لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق واما الثاني وهو المسلم فيه فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به اما لو دفع المسلم اليه ما هو اردأ من المشروط فقبله رب السلم او اجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن حسن القضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري بعد ذلك ولا تجوز الشركة ولا التولية مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعهما في السلم فيه بخلاف المرابحة والوضيعة فانه غير معتاد ولانه دين في الوضيعة اضرار رب السلم فيبعد وجودهما بخلاف اخذه بمثل ما اشتراه به فانه قريب والشركة هي معنى اخذه بعضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم قوله فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اخرج ابوداود وابن ماجه معناه من حديث عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره ويقتضي ان لا يأخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا اعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه واخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي بالسند المذكور وقال اللفظ لعلي بن يحيى وقال ابراهيم بن سعيد فلا يأخذ الا ما اسلم فيه او رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه احمد وغيره والترمذي يحسن حديثه فهو مختلف فيه حديثه حسن وروى عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر اخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا اسلفت في شيء فلا تأخذ الا راس مالك او الذي سلفت فيه واسند عن ابي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ الا سلمك يعني حال بقاء العقد او راس مالك اي عند الفسخ فاستفيد منه انه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهذا اي كونه اخذ شبها بالمبيع بسبب ان الاقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين والشرع

قال ومن أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشرى وإن لم يكن سلما وكان قرضا فأمره بقبض الكر جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان

ثالث وعرف أن صحتها يتوقف على قيام المبيع إلى القبض الآخري إذ لو هلك المبيع بعد إقالة البيع قبل القبض تبطل الإقالة وذلك غير ممكن هنا لأن بالإقالة يسقط المبيع لأنه دين لا عين فتتلاشى فلا يعود ولكنها قد صحت فيستلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لأنه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا وأورد عليه لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع سلم لأنها إقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الإقالة في المجلس ولم يلزم بالإجماع فأجاب عنه المص بأنه يعني عقد الإقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا يفترق عن دين بدين وذلك إنما يكون إذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك هنا بعد الفسخ بالإقالة ويمكن حمل جواب المص عليه بتكليف يسير وحاصل جواب صاحب الإيضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس بشرط فيه فليس شرطا فيه وفيه خلاف زفر أي في منع الاستبدال برأس المال من المسلم إليه بعد إقالة السلم فعنده يجوز أي للمشتري به ما شاء وهو القياس لأنه بالإقالة بطل السلم وصار رأس المال دينا عند المسلم إليه فيستبدل به كسائر الديون قال والحجة عليه ما ذكرنا من الأثر والمعنى فهو استحسان بالأثر مقدم على القياس قوله ومن أسلم في كر وهو ستون قفيزا أو أربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيل والمكوك صاع ونصف فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء عن المسلم فيه فانقبضه رب السلم بحقه بأن اكتاله من حوجاز إليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك في مال المسلم إليه ويطالب رب السلم بحقه ولو أمره أن يقبضه له أي للمسلم إليه ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له أي لرب السلم ثم اكتاله مرة أخرى لنفسه صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري هذا المحمل الحديث على ما مر في الفصل الذي يلي باب المرابحة حيث قال المص ومحل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكر وهو إنما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهنا عقدان مشتريان فلا بد من ترتيب مقتضى كل عقد عليه ألا ترى أن الثاني لو كاله لنفسه فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيله ثانيا لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم إليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم إليه ورب السلم عند قبضه لأن المسلم إليه يصير بائعا من رب السلم بالشراء لأن المأخوذ ليس عين حقه فإنه دين وهذا عين قاصصه به وقد أفاد أن صحة الأمر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندي هذا ليس بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضا لأن الغرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الأول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقك والحال المطلوب أن طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الآمر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فإنه لم يزد فيه على قوله فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز وقوله والسلم وإن كان سابقا الخ جواب سؤال مقدر وهو أن يقال بيع رب السلم مع المسلم إليه كان سابقا على شرى المسلم إليه من بائعه فلا يكون المسلم إليه بائعا منه بعد الشراء بل ما اشترى فلم يجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فأجاب بقوله والسلم وإن كان سابقا على شراء المسلم إليه من بائعه لكن قبض رب السلم المسلم فيه لاحق لشرائه من بائعه وإنما جعل قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة وإنما اعتبر عينه في حق حكم خاص وهو حرمة قبضه من المسلم فيه كيلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره إياه مطلقا فاعتبر أخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم إليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو أسلم مائة في كر ثم اشترى المسلم إليه من رب السلم كرا حنطة بمائتي درهم إلى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن معناه أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وإنما يلزم ذلك إذا جعلا عند القبض كأنهما جددا عقدا [illegible] ولو أسلم في موزون معين واشترى المسلم إليه موزونا كذلك الخ

قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا وهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارض المستقرض وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة او ملكها بارث او هبة او وصية واوفاه رب السلم بكيله مرة تجوز ويكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عدا واسلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب اعادة العد في بيع المعدود بعد شرائه عدا ولو لم يكن سلما ولكن اقرضه فامره بقبض الكر ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بان اكتاله مرة جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع الصفقتان فلم يجب الكيلان لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لزم تملك الشي بجنسه نسيئة اذ القرض لا يقبض فيه فيصير ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لانه بيع بجنسه نسيئة وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقرض المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض قد سابقه فلا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة او موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على انها عشرة اقفزة جاز له ان يتصرف فيها قبل الكيل **قوله** ومن اسلم في كر فامر رب السلم المسلم اليه ان يكيله له في غرائر رب السلم والموضع موضع الاضمار فيها لكنه اظهر لدفع الالتباس ففعل وهو اي رب السلم غائب لم يكن قضاء حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيبته لانه لو كال فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له او للبائع لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع الدائن اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام له فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا ان امره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندي انه يصير قابضا لان امره بخلط طعام السلم بالطعام على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما ذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لي بها خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا ولو كانت مشتراة غير مسلم فيها والمسألة بحالها اي دفع المشتري غرائره للبائع وامره ان يكيل فيها ففعل بغيبته صار قابضا لان الامر صح هنا لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف امره ملكه ونظيره ما لو امر بطحن الحنطة السلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو اخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فامر المشتري البائع ان يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من مال المسلم اليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك الدقيق في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه ومثله اذا امر رب السلم المسلم اليه ان يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم اليه ولو امر المشتري البائع به كان قابضا فهلك من مال المشتري لما قلنا ويكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرائر المشتري وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي الا بكيلين على ما مر قبيل باب الربوا ولو كان في البيع امر المشتري البائع ان يكيله في غرائر البائع ففعل بغيبته لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تتم الاعارة لانها لما كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها على تأويل الظرف ونحوه وصار كما لو امر المشتري البائع ان يكيله ويعزله في مكان في بيت البائع ففعل بغيبته لم يصر قابضا ولو اجتمع العين والدين بان اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا معينا بعد حلول السلم فامر ان يكيل في غرائر المشتري كليهما ففعل بغيبته اذا بدأ بالكر العين ثم بالسلم فيه صار المشتري قابضا اما العين فلصحة الامر فيه لانه لاقى ملكه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة ولم يقبضها ثم امر المقرض ان يزرعها في ارض المستقرض وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما وان بدأ بالدين فكان بالعكس لم يصر قابضا اما في الدين فلعدم صحة الامر لما قلنا واما في العين فلانه خلطه بمال المشتري بجنسه من مال نفسه فيصير مستهلكا

قال ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد
بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء فاولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية
تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها قال ومن اشترى جارية بالف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة
لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة بعد هلاك احدهما وتبقى بعد هلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فيه قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت
رديئا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال في
العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رح لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر
الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت
في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي
عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح
الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة

عند ابي حنيفة فينتقض البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس تعديا ليكون مستهلكا لانه بامره اجاب المصنف بان اذنه فيه على هذا الوجه يجوز ان يكون
مراده ان يفعل ذلك على وجه يصح وهو ان يبدأ بالعين وعندهما لما لم يكن استهلاكا كان للمشتري الخيار ان شاء نقض البيع بعيب الشركة
وان شاء شاركه في المخلوط واورد ان صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير هالكا قلنا اجيب بان المعقود عليه ثمة الفعل لا العين والفعل لا يجاوز
الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال **قوله** ومن اسلم جارية في كر حنطة الخ هذه والتي بعدها الفرق بين الاقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة
ففي السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده لان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع الى ان يقبض ففي السلم المبيع المقصود هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم
الدين المسلم فيه فجازت الاقالة اذا ماتت قبل الاقالة او بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه واذا جازت الفسخ في الجارية تبعا فوجب
ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لان السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو اشترى جارية بالف درهم مثلا لا تجوز الاقالة
بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذا هلكت
بعدها ولو كان البيع مقايضة بان باع الجارية في ثوب تبقى الاقالة بعد هلاكها اذا كان العوض الآخر باقيا لان كلا منهما مبيع من وجه **قوله** ومن اسلم
الى رجل الخ الاصل في هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت وهو ان ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول
قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة وهو ان ينكر ما يضره قال ابو حنيفة القول قول من يدعي الصحة ايضا اذا اتفقا على عقد واحد لان
خصمه هو المنكر وقالا القول قول المنكر وان انكر الصحة اذا عرف هذا فلنرجع الى المسائل اسلم الى رجل في كر فقال المسلم اليه شرطت لك رديئا و
قال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه بالاتفاق وهو قول الشافعي لان رب السلم متعنت لانه بانكاره الصحة ينكر ما ينفعه وهو المسلم فيه لانه
على كل حال يربو على رأس المال سواء كان نقدا او المسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل بذاك الآجل ولولا انه يربو عليه لما كان اقدامهم مطبقا
عليه وكلام المتعنت مردود فبقي قول الآخر بلا معارض واما التوجيه بان الظاهر الصحة الخ فيخص ابا حنيفة بمشيئته في غير هذا المحل والمراد هنا ترجيح الاتفاق
على ان القول للآخر وهما لا يقولان ان القول لمدعي الصحة وانما التعليل بما يظهر رأي صاحبه ثم العاقل ومن في عكسه بان ادعى رب السلم شرط الرديء
وانكر المسلم اليه الشرط اصلا لم يذكره محمد في الكتاب وقال اكثر المشايخ يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي
لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وكلامه خصومة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسيقرر المصنف الوجه في تلك المسألة التي تلي هذه
وهو قال المسلم اليه لم يكن فيه اجل وقال رب السلم فيه اجل فالقول قول رب السلم اي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه
هنا تعنت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو الاجل لان الاجل لمنفعة المسلم اليه وهذا استحسان وارد عليه فينبغي ان يكون القول لمن يدعي الفساد
لان المسلم فيه لما كان يربو على رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتا وهذا الايراد هو وجه القياس واجاب عنه المصنف
بقوله والفساد بعدم الاجل ليس متيقنا حتى يكون انكاره انكارا للصحة بل انكار زيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين فلا يعتبر النفع في رد
رأس المال لانه ليس بلازم قطعا بخلاف عدم الوصف كالرداءة ونحوها على ما تقدم فانه يلزم منه الفساد وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل
ورب السلم ينكره فالقول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وهو زيادة الربح الكائن في قيمة المسلم فيه على ما دخل فيه من رأس المال فصار
كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق

وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً
مسئلة المضاربة ولانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم
الاصل ان من خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر

زيادة الربح وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكار الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يعيب بنقضه ورفعه شرعاً ولان شرط الشيء يتبع له فالاتفاق على صحة هذا العقد اتفاق على صحة شرطه فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهراً فلا يقبل وصار كما اذا اختلف الزوجان في التزويج بشهود او بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود بخلاف المضاربة لانه اي عقد المضاربة ليس بلازم ولهذا يمكن رب المال من عزله قبل شرائه برأس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له واما السلم فعقد لازم فلا يرتفع بالاختلاف وكان مدعي الفساد متناقضاً ظاهراً كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فانه مدعي الفساد يدعي اجارة ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا لو حلف ان لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعي الصحة واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب ولم يقل اختلفا في نوع العقد واجيب بان المضارب ادعى الصحة والشركة ورب المال اقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم بقوله وزيادة عشرة عطفاً عليه يدعي الفساد لان اول الكلام يتوقف على آخره بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف اول صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظر لان في الاصول فيما اذا زوجه الفضولي اختين في عقدين فقال اجزت نكاح هذه وهذه يفسدان لانه توقف اوله على آخر ولو جدد والمغير في آخره وان كان بحرف العطف واورد ايضاً ما اذا قال تزوجتك وانا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد اجيب بانه ما اقر باصل العقد بل انكره حيث اسنده الى حال عدم الاهلية اعلم ان انكار الاجل على ثلاثة اوجه احدها في اصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول قول من يدعي الاقل مع يمينه فان قامت بينة لمدعي الاكثر قضينا بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن اقام منهما بينة يقضى له فان كان اقاماها فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل هذا والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافاً لزفر لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انه ما هو فانهما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاجل وفي المحيط اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وانكر الطالب فالقاضي يري اثنين من اهل تلك الصفة وهذا احوط والواحد يكفي فان قالا جيد اجبر على القبول واذا اختلفا في السلم تحالفا ان استحساناً ويبدئ بيمين المطلوب عند ابي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة يقضي بها وان قامت لهما بينة يقضي ببينة رب السلم واما عند ابي يوسف والمسئلة على ثلثة اوجه لانه اما ان كان راس المال عيناً او ديناً وكل وجه على ثلثة اوجه اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه او على العكس او اختلفا فيهما فان كان رأس المال عيناً واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في نصف كر او في شعير او في الحنطة الرديئة واقاما تقضي بينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا في رأس المال فقال احدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا في السلم فيه انه الحنطة واختلفا قال احدهما هذا الثوب في كر حنطة

قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن **قال** وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست وقمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول

وقال الآخر هذا ثوب في كر شعير واقاما البينة تقضي بالسلمين عند محمد على اصله وابو يوسف يقول كل منهما مقتل لما يدعيه الآخر وان كان رأس المال دراهم او دنانير ان اتفقا في رأس المال واختلفا في المسلم فيه واقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضي بسلم واحد عند ابي يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال احدهما عشرة دراهم في كر حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر واقاما فعند ابي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضي بسلمين وعند محمد يقضي بسلمين بعقد بخمسة عشر في كر وبعقد بعشرة في كرين فلو ادعى احدهما ان رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي ان يقضي بسلمين كما في الثوبين وفيما اسلم في ثوب وشرطا ان يوسطاه بجيد وقال خذ هذا ارد في درهما فعلى وجوه اما ان كان كيليا او وزنيا او ذرعيا ففي الكيلي فان اسلم في عشرة اقفزة فجاء باحد عشر فقال زد في درهما جاز لانه باع القفيز بثمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وارد عليك درهما قبل جاز ايضا فانه اقالة في البعض فيجوز كما يجوز في الكيل ولو جاء بحنطة اجود او اردأ فان على درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز ولتسد منا انه في الاردأ والاجود انه يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء آخر وفي الثوب ان جاء بازيد بذراع وقال زد في درهما جاز وهو بيع فذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا اتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بالنقص فرد معه درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذرع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصته فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بالنقص وصفا لا يجوز ولو بازيد وصفا جاز الكل في الاصل **قوله** ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم والرقعة يراد بها قدره ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عندنا في الائمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه ما ظاهر وكذا يجوز في البسط والاكسية والمسوح والجوالق والبواري اذا بين الطول والعرض والصفة وكل ما اختلفت قيمته بالثقل والخفة من الثياب عرفا كالوذاري اشترط بيان وزنه ولو كان المبيع ناجزا في المنتقى اذا باع ثوبي حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا بوزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة تكتفي بتعريفها غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع في الطول بذكر عدد الذرعان يجب ان يتوسط عند الذرع بين ارخاء الثوب ومده وان كانت الذرع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا ان يكون احدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم ان لا يجوز بيعها بجنسها الا جزافا فكذا ذكر القدوري ان بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كما في الصغير **قوله** ولا يجوز السلم في الجواهر بلا خلاف الا لمالك و في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا في المالية فان جوهرتين قد تتحدان وزنا وتختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فيجوز وزنا ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب اذا سمي الملبن وقوله لا سيما اذا سمي الخ يعطي انه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل اذا سمي يكون احسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من أتون وفي عرف بلادنا يسمونه قمينا او قميرا وهو الذي يبنى ليشوى فيه الآجر والجير لانه يتفاوت في النضج تفاوتا فاحشا فلا يجوز بيعه وكذا في السلم فتفاوت التقارب **قوله** وكل ما امكن ضبط صفته الخ لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع اذا بين طولا وعرضا وغلظا والقصب والصوف والاخشاب ويجوز السلم في التبن كيلا بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفي عرفنا كيله في شباك الليف يسمونه اهل العرف شنيفا **قوله** ولا بأس بالسلم في طشت او قمقمة وخفين او نحو ذلك كالكوز والآنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ

قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مصنوعا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه ربما لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به

السفر والضيق بحيث يحصيه فلا يتفاوت الا يسيرا **قوله** وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا الاستصناع طلب الصنعة وهو ان يقول لصانع خف او مكعب او اواني الصفر اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا او دستا اي برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى او لا يعطي شيئا فيعقد الآخر معه جاز استحسانا تبعا للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن اجارة لانه استئجار على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا او اصبغ ثوبك احمر بكذا لا يصح ولا بيعا لانه بيع معدوم ولو كان موجودا مملوكا لغير العاقد لم يجز فاذا كان معدوما فهو اولى بعدم الجواز ولكنا جوزناه استحسانا للتعامل الراجع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة اصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع امتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتجم صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام اجره مع ان مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند احد ومثله شرب الماء من السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فاباحه بمئزر ولم يبين له شرطا وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الى الآن ومن غير ان لا يذكر عدد ما يصب من الماء ولا الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه التعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كان يستصنع حائكا او خياطا لينسج له او يخيط قميصا بغزل نفسه ثم اختلف انه مواعدة او معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور انه مواعدة وانما ينعقد عند الفراغ بالتعاطي ولهذا كان للصانع ان لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع ان لا يقبل ما ياتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول ابي حنيفة لفسادها مع التعامل لثبوت الخلاف فيها في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها واثبات ابي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على انه غير بيع الا ترى ان في بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين جزم بجوازه علمنا ان الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وهو في الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله والمعقود عليه العين دون العمل نفي لقول ابي سعيد البردعي المعقود عليه العمل لان الاستصناع ينبئ عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى ما لم يره وكذا الرواية بقوله فان جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وانما يبطل بموت الصانع لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل انهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة اجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى اجيب بانه انما لم يجبر الصانع لانه لا يمكنه الا باتلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا العذر الا ترى ان المزارع له ان لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضي فيها الا باتلاف ذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لان هذه الاجارة في الآخرة شراء ما لم يره ولان جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم ولذا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لان العقد غير لازم واما بعدما رآه فالاصح انه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع اجبر على دفعه لانه بالاجتماع

مسائل منثورة فيما يجوز بيعه من السباع وما لا يجوز والمسائل التي تشذ عن الابواب المتقدمة لم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منثورة اي من ابوابها

قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وكذا اطلق في الاصل فمشى بعضهم على اطلاقه كالقدوري وفي نوادر هشام عن محمد نص على

وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية

بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن ابي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل من النوادر انه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيع النمر بحال لانه لشرسه لا يقبل تعليما وفي بيع القرد روايتان عن ابي حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية ابي يوسف بالمنع وقال ابو يوسف اكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو للهو وهذه جهة محرمة ووجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على ان كلما يمكن الانتفاع بجلده او عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفار والهوام المؤذية فهي ينتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنافس والعقارب والفارة والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر ابو الليث انه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين اما العذرة فلا ينتفع بها وان لم ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا تبعا بالتراب المخلوط بخلاف الدم المسفوح فان بيعه ممتنع مطلقا وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب مطلقا سواء كان للصيد او لم يكن واما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي ان يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا او اعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية نقص من اجره كل يوم قيراطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن ابي رباح عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت اخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن ابن مسعود الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب لانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته فلا يجتمعان وعارضه المصنف بحديثين احدهما انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهو غريب بهذا اللفظ نعم اخرج الترمذي عن ابي هريرة رضي الله عنه قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روي ايضا عن جابر رضي الله عنه مرفوعا ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى ابو حنيفة في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من اثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى اجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فيبطل مرعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل فيخرج من العام مرة اخرى وتعليل اخراج كلب الصيد صالح لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لا يظهر موجب لذلك فصار كل الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد او حراسة ماشية وخرج العقور ومن مشى من اهل المذهب ليس دليلا على المذهب بل ذكره تنفي مذهب الخصم اعني شمول المنع فيحتاج بعده الى دليل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب بقول كل كلب تتأتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل ويرد عليه انه يخرج نسخ لموجب العام بالتعليل و لا نسخ القياس فالوجه ان يعلل دليل التخصيص بنفع لا يرد عليه مفسدة ويدعي في العقور ان مفسدته تزيد على منفعة حراسته لان منفعته خاصة تقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بانه ليس الا الوجه الثاني وعلى تقرير ما تم الاول ايضا وقد استدل في الاسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بان عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى في

ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث
محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع **قال** ولا يجوز بيع
الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه

في كلب باربعين درهما وهم خصص نوعا من انواع الكلاب وهذا الحديث اولا لا يعرف الا موقوفا فاخرجه الطحاوي عن يونس عن ابن عبد الاعلى
عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان عبد الله بن عمرو قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وقضى في كل كلب ماشية بكبش وثانيا
فهو واقعة حال لا توجب العموم في انواع الكلاب فجعلها دليلا على العموم خطأ ظاهر ثالثها موقوف فانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز
مالا مملوكا متقوما انما يكون بالانتفاع المال اسم لغير الآدمي خلق لمنفعة المطلقة شرعا وهو كذلك فكان مالا واما انه مملوك متقوم فلانه محرز ولهذا
ثبت بالانتفاع بالكلاب ثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما ثابت فيه شرعا اذ قد اذن الشارع في اقتناء
كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى ان هذا المعنى لا يترجح على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب ان يسلم انه مال محرز
متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فاجاب المصنف بادعاء نسخ النهي من ذلك وذلك لما قلنا اول الكتاب من ان الامر
بقتل الكلاب كان امرا محققا في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك بدلالة ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن ابي بكرة
قال حدثنا سعيد بن عامر قال ثنا شعبة عن ابي التياح عن مطرف بن عبد الله بن المغفل قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال
ما لي وللكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي لفظ آخر فيه سعيد وبهذا المعنى طرق كثيرة فوجب حمل ما روي من التشديد في سورها والنهي
عن بيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي اذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثانية على الثانية فكان منع البيع على العموم
منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة واجاب ان عن نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به وقال ولو سلم بنجاسته فلا توجب حرمة الانتفاع
بيعه بل منع البيع منع الانتفاع شرعا ولهذا اجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاستهما لاطلاق الانتفاع بهما عنه بخلاف العذرة
لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها وان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب وهو الاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك
التراب الذي في ضمنه ثم قال رحمه الله تعالى انما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما اخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة
قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس ان رجلا اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت
ان الله حرمها قال لا فسار انسانا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم ساررته قال امرته ببيعها فقال ان الذي حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة
حتى ذهب ما فيها واخرج البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير
والاصنام فقيل يا رسول الله ارأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود
حرمت عليهم الشحوم فجملوها ثم باعوها واكلوا ثمنها انتهى ثم شرع المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة وقوله وقد ذكرناه يعني في باب البيع الفاسد ويقوم
اشكال وهو ان بيع السرقين للمسلم لا ان يقال ان لا اشكال انه لابد من تقدير في نحو حرمة الخمر فانا بينا في الاصول ان التحريم المضاف الى
الاعيان يقدر اضافة الى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من الحرير لقوله صلى الله
عليه وسلم في حديث ان الله اذا حرم شيئا يعني اذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم ثمنه واكل ثمنه كالمقصود من الخمر
هو المقصود من الميتة والخنزير هو الاكل والشرب وليس هذا الحديث في الصحيحين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة
السبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر اما الحديث فانما يفيد ان تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه

قال وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال إلا في الخمر والخنزير خاصة فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال

ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف درهم ولا شيء على الضمين وأصله أن الزيادة في الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

قوله وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لأنهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتها وقد التزموا أحكامنا بالإقامة في دارنا وإعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا السلم في حيوان ولا النسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن سواهم في البيوع كالمسلمين إلا الخمر والخنزير فإنا نجيز بيع بعضهم بعضا المخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج من إسرائيل عن إبراهيم بن عبد الأعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل إنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا يجوز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف

قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل البيع فهو جائز وهو جواب للكل سواء كان قول الضامن قبل ذلك بعد مساومته من فلان وسيد العبد بألف أو ابتداء قال في بعض الشروح ويكون البيع بعده ولا يتوقف على القبول لأنه امتثال لذلك كقول الرجل لامرأته طلقي نفسك إن شئت فقال طلقت يصح بلا قبول استحسانا لكنه هو في بعضها ما يفيد أنه إيجاب فإنه قال ولو لم يكن إباء ولا مساومة وحصل إيجاب البيع عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لأن قوله بع عبدك أمر ونفعه الأمر لا يكون في البيع إيجابا على ما مر من أنه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلقي نفسك في التفويض وفي الخلع فلا بد أن المشتري يقول بعده بعت من البائع اشتريت اعتمادا على ما سلف هناك ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بألف فقط لأنه إذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن إلى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعي والضمان جائز بالإضافة فقد وجد المقتضي للزوم بلا مانع وإذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم مالا ليعطيه إياه وإن باعه بألف وهذه رشوة إذ لم يقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بألف فقط ثم في الأول إذا كان بأمر المشتري كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لأن المبيع على المشتري صار بألف وخمسمائة وللمشتري أن يرابح على ألف وخمسمائة ولو كان ثم الشفيع يأخذ بألف وخمسمائة ولو رده بعيب أو تقايلا فالبائع يرد الألف على المشتري والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري حتى ليس له حبس المبيع على الخمسمائة ويرابح على الألف ويأخذها الشفيع بالألف ولو تقايلا أو رده بعيب أو تقايلا البيع فلا ضمان للأجنبي أن يسترد الخمسمائة قال قيل ينبغي أن لا يصح هذا لأن اشتراط الثمن على الأجنبي لا يجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخي بمنع كون اشتراطه على أن الثمن على الأجنبي لا يجوز إذ لا رواية فيه عن أصحابنا وتعقبه الرازي بأن محمدا نص على أنه إذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لأنه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري فالأولى أن لا يجوز إذا كان أصله الثمن على غير المشتري ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث أبي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه لدين الذي عليه فالتزمه أبو قتادة فصلى عليه فقد التزم دينا لا في مقابلة شيء يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الأجنبي كذلك إذ لم تحصل للأجنبي في مقابلتها شيء ودفع بأنه لو كان بالنظر إلى مقتضى الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الأجنبي ولا يجوز عن ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف أن هذه الزيادة لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن في مقابلتها شيء يسلم للملتزم وبدل الخلع يجوز اشتراطه على الأجنبي بعد فقال هذا التعليل قاصر فإن الزيادة كما تكون لا في مقابلة شيء موجود في مقابلة شيء أكثر أحوال العقد فإن أحوال العقد كونه خاسرا ورابحا وعدلا وكونها لا في مقابلة

قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر وهذا قبض لأن وطي الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وإن لم يطأها فليس بقبض والقياس أن يصير قابضا لأنه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا **قال** ومن اشترى عبدا فغاب والعبد في يد البائع وأقام البائع البينة أنه باعه إياه فإن كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع وفيه إبطال حق المشتري وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفي الثمن لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه وإذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لأن حقه لم يبق متعلقا به ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه بدل حقه وإن نقص يتبع هو أيضا فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن

في وجوه الثلاثة وهو كونه رابحا فلا يجوز اعتبار الأقل بل الواجب اعتبار الحال الأغلب في المشابهة خصوصا إذا كان يبنى عليها حكم شرعي فالأولى ما قيل بأن الزيادة تثبت تبعا فجاز أن تجب على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصودا فإن قيل لو ثبت الزيادة وقضى الأجنبي ضامن بها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الأصيل ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف درهم وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز ههنا كذلك وذلك لأن المشتري لم يلتزمها وإنما التزم هذا القدر من الثمن الأجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب **قوله** ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز ووطي الزوج قبض من المشتري خلافا للأئمة الثلاثة أما الأول فلوجود سبب ولاية الإنكاح على الأمة وهو ملك الرقبة على الكمال بخلاف ما لو ملكها لا على الكمال كما في ملك نصفها لا يملك التزويج وإنما جاز النكاح قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لأن البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض ولأن القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك إنما يكون بعد القبض وليس بشرط لصحة النكاح ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز وحاصل هذا أنه تعليل النهي من البيع قبل القبض وإذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض واردا في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته وأما الثاني فلأن وطي الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطئها المشتري كان قابضا فكذا الزوج ولو لم يطأها فالتزويج لا يكون المشتري قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطي هلكت من مال البائع والقياس أن يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف حتى إذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لأن التزويج تعييب للمبيع ولهذا يثبت خيار الرد إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري إذا عيب المبيع يصير قابضا له وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر وكالإقرار عليها بدين فالمشتري إذا أقر بدين على العبد المبيع لا يصير قابضا فكذا بمجرد التزويج بخلاف الفعل الحسي كأن تقطع منها شيئا لو قطع يدها فإنه إنما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الإعتاق والتدبير فإنه يصير بهما قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب أنا قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضا الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه إنهاء للملك ومن ضرورة إنهاء الملك كونه قابضا والتدبير والاستيلاد به يثبت حق الحرية للمدبر فيثبت الولاء أو إذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول أبي يوسف لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا وقيل القاضي الإمام أبو بكر ببطلان النكاح ومن اشترى ببطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح فإن بطل البيع **قوله** ومن اشترى عبدا فغاب قبل القبض وقبل نقد الثمن فأقام البائع البينة أنه باعه إياه ولم يقبض الثمن فإن كانت غيبة المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي في دين البائع لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع بكونه مالا لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفي الثمن فنصب الثمن مفسرا لإثبات البيع وقوله وإن لم يدر أين هو يعني أن غيبته المعروفة أن يعلم أين هو وقول المصنف في تعليل بيع القاضي لأن ملك المشتري ظهر بإقراره يعني بإقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به وهو كونه مشغولا بحقه فيتبين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة لأنها لا تقام لإثبات الدين على الغائب فما هي إلا لكشف الحال ليبيعه القاضي

وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لأن البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن وإذا كان له أن يرجع عليه كان له أن يحبسه عنه إلى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما

إلى البيع نظرا للغائب لا يثبت الدين عليه فإنه لو لم يبعها لم يجد إلى ذلك فإذا تعذر استيفاؤه والغرض أنه أحق بماليته بعد إثباته كان له سبيل إلى استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفلسا كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالرهن إذا مات الراهن فهو أحق من سائر الغرماء وبيعه القاضي على بعيد بخلاف ما بعد قبض المبيع لأن حقه لم يبق متعلقا بالمالية بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لإثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع لقضاء الدين وهذه طريق الإمام السرخسي وتقرير شيخ الإسلام خواهر زاده قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لأنها لإثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدا ولا حكما فوكيل ما على غائب لا يعرف لا تقبل وإن كان لا يحبس إلى حقه وفي الاستحسان تقبل لأن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع ويحتاج إلى أن ينفق عليه إلى أن يحضر المشتري وربما تأتي النفقة على الثمن والقاضي ناظر لإحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها بدفع البلية بخلاف ما إذا أراد إثبات على الغائب بغير شيئا من يده لا تقبلها ولا حاجة في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه إزالة يد الغائب عما في يده لأن البائع مستوفي حقه مما في يده وأورد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج إلى ذلك لأن هذا البيع يثبت ضمنا لأنه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع بإحياء حقه والبيع مما لم يقبض وإذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري اثنين فغاب أحدهما قبل إعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه إلا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو نقد واختلفوا في مواضع الأول هل يجبر البائع على قبول نقده عند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجبر والثاني أنه لو قيل بل جبر على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبي يوسف لا بل لا يقبض إلا نصيبه على ما ذكرناه وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند أبي يوسف لا وعندهما يرجع والرابع حبس نصيب الغائب إذا حضر حتى يعطيه ما نقده عنه وجه أبي يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعا فلا يرجع وإذا لم يكن له الرجوع لم يكن له حبس حصته لأنه أجنبي عنها ولهما أنه مضطر فيما أدى في دفع حصة الغائب لأنه لا يمكنه الانتفاع بملكه إلا بأدائه لأن البيع الصادر إليهما من البائع صفقة واحدة وله أي المقصود يرجع وله حق الحبس وصار كمعير الرهن إذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فإن المعير إذا افتكه بدفع الدين يرجع على الراهن لأنه مضطر فيه كان كصاحب العلو إذا سقط لسقوط السفل كان له أن يبني السفل إذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به إلى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من ما صرفه غير أنه في مسئلة السفل لا يفترق الحال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا وفي مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع إلا إذا كان غائبا لأنه إذا كان حاضرا لا يكون مضطرا في أداء الكل إذ يمكنه أن يخاصمه إلى القاضي في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسئلة السفل فإن صاحب العلو لو خاصم في أن يبني السفل لا يقضي عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته وله أي للحاضر حبس في عدم الاضطرار ولو استأجر رجلان دارا فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لأنه غير مضطر في نقد حصة الغائب إذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة ذكره التمرتاشي وإذا ثبت حق الحبس في مسئلتنا له فهو حبسه إلى أن يستوفي الكل ولو بقي درهم كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه له أن يحبس المبيع عن الموكل إلى أن يعطيه جميع الثمن **قوله ومن اشترى جارية** إلخ صورتها أن يقول اشتريت هذه الجارية بألف مثقال ذهب وفضة ويقول البائع بعتك بهذا ولفظ في الرجل بعتك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدنانير لا يحتاج إلى بيان الصفة وتنصرف إلى الجياد وعرف

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له **قال** واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر او الدراهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكف...

من هذه العبارة ان البيع ينعقد بلفظ المضارع وهو احتمل العدة اذا اريد به الحال وقيل بل هذه العبارة مسامحة والمعنى انه اذا قال له ذلك ثم باعه على الوجه ثبت الانقسام وفيه ان اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلا يوجب كون الفضة ايضا مضافا اليها المثقال وينفي وهم ان يقيد بجهالة الفضة لان المثقال غلب في الذهب فتصير الفضة مرسلة عن تقييد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا اضافة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين في الملة فقال التقدم فيهما الذهب والفضة الا ترى انه لو قال عبده حر غدا وامرأته طالق وقعا جميعا عند افا نهما مضافان وذكر في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال الف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال الف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس احدهما بالصرف احدهما من التعارف فيه فينصرف الى الوزن المعهود هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما يوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الان كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع درهم وقيراط من ذلك الدرهم واما في عرف المعز فلفظ الدراهم ينصرف الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان نادر ثقل اوخف ينصرف ففضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقربه من الكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا او وديعة او بيعا او شراء او مهرا او وصية او كفالة او بدلا في خلع ونحوه لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس **قوله** ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفا وهو اي رب الدين لا يعلم انها زيوف فهو قضاء حتى لو انفقها الدائن او هلكت ثم علم انها زيوف لا يرجع وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف له ان يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابي يوسف هو الاستحسان لان حقه في الجودة مرعي كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا من ضمان الاصل ليصل الى الوصف ولهما انه اي الزيف من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف وراس مال السلم جاز وما جاز الا لانه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق فيقع به الاستيفاء وانما يبقى حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها بعد هلاك الدراهم لما ذكرنا من انه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه يعني هو ايجاب للقابض على نفسه ولا نظير له في الشرع الا ان ابا يوسف يتفصل بمنع انه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكرنا من ايجاب المثل ممكن وهو انما لا يوجد بالستوقة او نبهرجة فهلكت ليس برد مثلها فان قال الستوقة ليست من جنس الجياد حتى لا يصير مستوفيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مستوفيا حقه بالزيف الا ان علم ذرعنى باعتبار انه تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذ المديون لا يغرم له شيئا قلنا يجوز ذلك اذا افاد كالمولى اذا اتلف بعض اكساب عبده المأذون وقد افاد وهنا يتدارك بعض حقه كشراء الانسان مال نفسه الا اذا افاد ويجوز ايضا ان يشتري مال المضاربة او كسب عبده المأذون المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له في الشرع ويجاب بمنع الاتحاد في المستشهد بل الضمان في المأذون للغرماء وهذا المقبوض كله ملكه ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له في النوازل اشترى بالجياد ونقد الزيوف اخذها الشفيع بالجياد لانه انما ياخذ بما اشترى ولو باعها مرابحة فان راس المال الجياد وفي الاجناس يشتري بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف انه اشتراها بالجياد وقال ابو حنيفة لا يحنث وقال ابو يوسف يحنث والله الموفق **قوله** واذا افرخ طير في ارض رجل فهو

اوكان مستعداً له محذوف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعاً لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع فيه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً

لمن اخذه وكذا اذا باض فيها فكذا اذا تكسر فيها ظبي التي دخل كناسه والكناس بيت الظبي وفي بعض النسخ تكسر او وقع فيها فتكسر وتحير به اي وكسر رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للاخذ ولا يختص بصاحب الارض لانه اي لان كلا من الصيد والفرخ والبيض قد مطلع في نسخة لانها مباح سبقت يده اي يد الآخذ اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن اخذه وبعض اهل الصيد فيلتحق به ولهذا يحسب عند الجزاء على المحرم بكسره او شيه لانه المقصود بقوله تعالى ينال ايديكم في قوله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم كذا ذكره وقوله وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك جملة حالية هو قيد لقوله فهو لمن اخذه اي انما يكون للآخذ اذا لم يكن صاحب الارض اعدها لذلك بان حفر فيها حفيرة ليسقط فيها او اعدها للتفريخ ليأخذها فان كان اعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل رب الارض لتصيره بذلك فاكتفاءكمن نصب شبكة ليجففها فتعلق بها صيد فهو لمن اخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعدها الا ان للآخذ وكما اذا دخل الصيد داره وعلم بعلمه فاغلق بابه فهو لمن اخذه فان علم به واغلق الباب عليه او سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه النثار من السكر او الدراهم فهو لمن اخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان اي للآخذ في زمان عدم كف الثوب

قوله او كان مستعداً له اشار بان يسقط ثوبه لذلك عطف على مقدرة تقديره فهو اذا كفه او كان مستعداً فهو له اما اذا عسل النحل في ارضه فهو لصاحب الارض لانه عد من انزاله اي من زيادات الارض اي ما يثبت فيها فيملكه تبعاً للارض كالشجر النابت فيها كالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها والانزال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضميره لانه وهو عائد الى الارض وهي مؤنثة على تأويل المكان ومثله وقع في شعر العرب **قال** فلا مزنة ودقت ودقها ولا ارض ابقل ابقالها ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في ارضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لغيره فمن اخذ السمك فهو له وكذا في حفر الحفيرة اذا حفر للصيد فهو له او لغرض آخر فهو للآخذ وكذا اصرف وضع على سطح بيت فاصابه المطر فصار رجل فلان كان وضعه للمار فهو لصاحبه والا فالماء للآخذ ولو باض صيد في ارض رجل او تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فمنعه صاحب الارض فان كان في موضع يقدر صاحب الارض على اخذه قريباً منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض كانه اخذه وعنده وان لم يكن بحضرته لا يملك

كتاب الصرف

لما كان قيوده اكثر كان وجوده اقل فتقدم ما هو اكثر وجوداً وايضاً لما كان عقداً على الاثمان والثمن في الجمل تبع لما هو المقصود من البيع اخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الاصلية اعني المبيعات ومفهومه لغة وشرعاً ما ذكره المص وشرطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف المجلس ولهذا لم يصح فيه اجل ولا خيار الشرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك او تمامه على الرأيين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا في الصرف بخيار عيب او رؤية جاز الا انه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار ان يدفع غيره وكذا لصاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلي ولو اسقطا في المجلس خيار الشرط والاجل عاد الصرف صحيحاً خلافاً لزفر واورد عليه كيف جاز ان يقول التقابض شرط والجواز متأخر عن العقد فانما هو حكمه والجواب ان المختار انه ليس الا شرط لبقائه على الصحة فالاشكال على قول بعض القائلين انه شرط للجواز واجابوا بان تأخيره مزدوجة نفي ايجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارناً ومتقدماً شرعاً وان كان متأخراً صورة ولا يخفى انه ينبغي ان يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر واما مفهومه شرعاً فبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض هذا قول القدوري الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان وانما قال من جنس الاثمان

قال وان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع

ولم يقتصر على قوله بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمي اصطلاحا به لان مفهومه اللغوي هو النقل ومنه الصرف على الاستعارة فاصرف عني واصرف عنه ونقل كل من البدلين عن مالك الى الآخر بالنقل شرط جوازه فكان في اسمي معنى اللغة فسمي باسم ذلك المعنى المشروط فيه او هو اي معناه اللغوي الزيادة وهذا العقد لا يقصد الا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر في الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والحمار والمراد ان قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والا فلا العقد من الفائدة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف ان المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة والعدل الفرض الذي هو مستحق عليه ولا شك في مناسبة تسمية الفرض عدلا قتيل عليه قد فسر الزمخشري بغير هذا وقال في الفائق في قوله صلى الله عليه وسلم لاهل المدينة من احدث فيها حدثا او آوى محدثا فعليه لعنة الله لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا الصرف التوبة لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل الفدية من المعادلة والفدية تعادل نفسه والمراد من احدث الحد قتل ما توجب الحد والجواب ان اهل اللغة اختلفوا في ذلك فذكر الجمهرة عن بعض اهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وفي الغريبين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكر المصنف ولا اعتراض مع انه الانسب واعلم ان الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهي الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء او لا وسواء كان ما يقابلهما من جنسهما او من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والدواب والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكيل والموزون فانهما اذا عينت في العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن وان لم يصحبها حرف الباء او لم يقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة دينا عند المقابلة قال الفراء في قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت في الذمة دينا والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا خلافا للائمة الثلاثة فعندهم تتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة قبل القبض بطل البيع لا يجوز استبدالها لانه تقسيم المال باعتباره في نفسه وتقسيم باعتبار الاصطلاح على التخفية وهي في الاصل سلعة فان كانت رائجة فهي ثمن لا تتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس **قوله** فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط وان اختلفا في الجودة والصياغة فيدخل الاناء . بالاناء فلو باعهما مجازفة ولم يعلما كيتهما وكان في نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا في المجلس فظهرا متساويين يجوز وعن ابي حنيفة رح لا يجوز وان كانا متساويين خلافا لزفر هو يقول الشرط التساوي وقد ثبت ولنا اشتراط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو مشترط بدليل وهو ان الموهوم في هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا وما لم يعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا ان لا يجوز اذا وزن في المجلس فظهر متساويا ايضا لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كان العقد انشاء الآن لان ساعاته كساعة واحدة واما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزنا متساويا فلعدم العلم بالمساواة كيلا اذ المساواة وزنا لا تستلزمه بالنسبة الى الكيل والمعتبر فيما كان مكيلا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف ومن هذا اذا اقتسما مكيلا موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف في وجوب المساواة بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث وقد تقدم وجه الانتصاب انه بالعامل المقدر اي بيعوا او الاولى حيث كان الذهب مرفوعا في الكتاب ان يجعل حالا متعلق المجرور اي الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل ونص حديث الخدري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ظاهر في انه مفرغ للحال وبقية الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا

قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وإن وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض

بناجز والشف بالكسر من الأضداد للنقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا يتيح في معنى النقص والانتقال ولا تشفوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسير لمثلا بمثل فإن المثلية أعم فسرها بأنها من حيث القدر وتقدم حيث جيدها ورديها سواء أيضا وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإناء خسرواني قد أحكمت صياغته فبعثني به لأبيعه فأعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا فهذا ونحوه دخل في إطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع إناء فضة أو ذهب بإناء فضة أو ذهب وأحدهما أثقل من الآخر لا يجوز بخلاف الآنية من غير الأثمان كالنحاس ونحوه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وإن تفاضلا وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوية أيضا وذلك لأن صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا تتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع **قوله** ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق بإجماع الفقهاء وفي فوائد القدوري المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد وذكرنا أن في المختار أن هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم فإذا افترقا بطل العقد وإنما يبطل بعد وجوده وهو الأصح وثمرة الخلاف فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند أبي حنيفة رحمه الله ولا على القول الأصح وقوله لما روينا يعني قوله يدا بيد وكذا ما روينا من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا منها غائبا بناجز وقول عمر وإن استنظرك إلى آخره رواه مالك في الموطأ عنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر حاضر وإن استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره إلا يدا بيد هات وهات إني أخشى عليكم الرماء وفي رواية قال الرما بالميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال أن يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بإلزام التقابض علله الفقهاء بما ذكره وحاصله أن للتقدم مزية على النسيئة فيتحقق الفضل في أحد العوضين وهو الربا ولما كان مظنة أن يقال هذا إنما يلزم في قبض العوضين يجوز أن يجعل معاقبة قال لأنه لا بد من قبض أحد العوضين كيلا يلزم بيع الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر لزم الربا لما قلنا وأيضا يلزم الترجيح بلا مرجح لأنهما استويا في معنى الثمنية فإذا وجب قبض أحدهما فكذا الآخر لعدم الأولوية فإن قيل تعليل الكتاب يخص الثمنين المحضين اللذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وإن كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فأجاب بأن ذلك لإطلاق ما روينا من قوله صلى الله عليه وآله وصحابه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعلل الإطلاق المذكور بأن المتعين أيضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعين إذ فيه شبهة الثمنية إذ قد خلق ثمنا والشبهة في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص بإطلاقه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص إلحاق شبهة شبهة الربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لأنهما لو مشيا في جهتين كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر رضي الله عنه وإن وثب من سطح فثب معه يفيد عدم البطلان للعقد بمجرد اختلاف المكان بل إذا لم يوافقه الآخر فيه وهذا لأنه بمجرد وثوب أحدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر افتراقا إلا إذا لم يثب معه وحديث ابن عمر رضي الله عنه هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره في المبسوط عن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنه فقلت إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة أفنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وإن وثب على سطح فثب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما أيضا رجوعه وفيه دليل أن المفتي إذا أجاب لا بأس أن يبين للسائل

وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل لأن بأحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله **قال** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لأن القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لأن البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الأولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما في المسلم فيه

طريق تحصيل مطلوبه كما فعله صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بع التمر ببيع آخر ثم اشتر به إنما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لإسقاط الواجبات قال وكذا المعتبر في قبض رأس المال مال السلم يعني أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس بخلاف خيار المخيرة فإنها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا إذا أشتت مع زوجها في جهة واحدة فإن ذلك دليل إعراضها عما كان فيه لأن المعتبر في الإبطال هناك دليل الإعراض كالقيام ونحوه ولذلك فلزم فيه المجلس وتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أغمي عليهما أو طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الإعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف وللآخر عليه مائة فأرسل رسولا يقول له تقبل الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لأنهما متفرقان وعن محمد رحمه الله لو قال الأب اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم **قوله** وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء قيل ومعنى قوله ربا أي حرام بإطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقته شرعا فإن اسم الربا يتضمن الزيادة من الأموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع ووجه الاستدلال أنه استثنى حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينتفي الحل في كل حالة غيرها فيدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله إلا إذا أسقط الخيار في المجلس استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان أي شرط الخيار يفوت الشرط إلا إذا أسقطه فلا يفوت فيعود إلى الجواز وقدمنا نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالأجل فرق على قول أبي حنيفة في مسألة وهي ما إذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بألف حتى انصرف للطوق مائة من الألف فيصير صرفا فيه وتسعمائة للجارية بيعا فإنه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالأجل انفسد فيهما عنده خلافا لهما وفرق بأن في الأول انعقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيقتصر على محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد أولا على الفساد فشاع وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل لو أسقط الأجل من له الأجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لأن العقد لا ينفسخ برده لأنه إنما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلي والأواني من الذهب والفضة لأنه ينتقض العقد برده وتتعين فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق زيفا أو ستوقا فالحكم في جميع ما مر من الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم **قوله** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه وكل منهما ثمن الصرف فالحاصل أنه لا يجوز التصرف لواحد في بدلي الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فإن فعل بعض ذلك مع العاقد بأن وهبه البدل أو تصدق به عليه أو أبرأه منه فإن قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض وإذا تعذر الشرط انتفى المشروط وإن لم يقبل لا ينتقض لأن البراءة ونحوها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد وفرع عليه لو باع دينارا بعشرة مثلا ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لأن القبض في العشرة مستحق حقا لله تعالى فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله فيقبض بدله من عاقده وأورد عليه أن فساد الصرف حق الله تعالى وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد

ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا **قال** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت

لانه يفوت حق الله تعالى بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع وينعدم فيما اذا ثبتا فيرتفع احدهما فضلا وقد نقل عن زفر صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقود لا تتعين فاضافة العقد الى بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يعينها وهذا على احدى الروايتين عنه ان النقود لا تتعين في المبايعات فاما على الرواية الاخرى عنه فيجب ان لا يصح بيع الثوب قبل قبض بدل الصرف وجب والاستبدال بغيره فكان شرط ايفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكره غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكروا في عدم تعيين النقد في البيع مع انه لو اشار الى دراهم بعينها كان له ان يحبسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببدل الصرف ليس الا تعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز لبطل ما ذكروا في عدم تعيين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا تتعين لا جرم ان المصنف انما اجاب بان الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء المبيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا وجعله بدل الثوب وثمنه بيع له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني واذا لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب وانت تعلم ان زفر انما قال بجواز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمنا فجاز ان يعطي من غيره ولا شك انه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعيين بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلا بان البيع انعقد موجبا دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقديرا لثمن الثوب سواء سميته مبيعا او ثمنا لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض اذا لزم تسليمه بعينه وليس هناك كذا فان كان هذا واقعا لم ينتقض بما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب باعطاء ثمن من مملكه البائع ولما لم يكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدوري عنه اعني ان البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين تقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل ثم تنظير صاحب النهاية بغاصب الدراهم اذا اشترى واشار اليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قدرنا بان يدفع مثل بدل الصرف لا نفسه **قوله** ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لان المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة والمساواة غير مشروطة فيه اي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء لكن العادة في مثله ان يقول لما روينا ثم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق ولو تغير بالمجلس عنه **قوله** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال فضة بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا صرف المنقود الى الطوق وان لم يعين الدافع وكذا لو قال خذ هذه منهما صرف ايضا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز وتحكيما لظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الى الوجه الصحيح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذا الالف من ثمن الجارية فان الظاهر عارضه التصريح بخلافه واذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق لما اذا لم يقبضه فان قلت ففي قوله خذه من ثمنهما عارضه ايضا قلنا لا نسلم لان المثنى قد يستعمل في الواحد ايضا قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من احدهما وهو البحر الملح ويا معشر الجن والانس الم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب اهل الحق وقال نسيا حوتهما والناسي فتى موسى وقال صلى الله عليه وسلم في قصة مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فأذنا واقيما وانما اراد ان يؤذن احدهما وقال تعالى قد اجيبت دعوتكما

قال ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركا بينهما لأنه صرف فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده لأن الشركة عيب في الإناء ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لأنه لا يضره التبعيض **قال** ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف كما إذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب وكذا إذا اشترى عبدا بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه

والمراد ومعجزة موسى إلا أنه قد قيل إن هارون كان يؤمن على دعائه فإذ صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا وذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الأجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضا على قول أبي حنيفة لأن الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا وقد وقع في تصوير المسألة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق سواء ومن ليس بشرط بل الأصل أنه إذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه ومثل هذا أيضا إذا باع سيفا محلى بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فإنه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقابضا في الصورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية لأنه صرف فيهما ويصح في الجارية وأما السيف فإن كانت الحلية لا تتخلص منه إلا بضرر فسد في السيف أيضا لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كما مر في جذع من سقف فإن كانت تتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لأنه أمكن إفراده بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسألتين مقيد بما إذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن أكثر من الطوق والحلية فإن كانت مثله أو أقل أو لا يدرى واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما إذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو المبيع على الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما إذا لم يدر الحال وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة فإن قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بأن جهة الفساد فيه متعددة فإنها من وجهين وهو تجويز الأقلية والمساواة بخلاف الصحة فإنها على تقدير واحد وهو الزيادة فرجحت جهة الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة إلى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح بما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج إلى الجواب بأن المعنى أن احتمال أحدهما مفسد فكيف إذا اجتمعا وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره. **قوله** ومن باع إناء فضة بالفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركا بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض ولا يشيع الفساد في الكل لأنه طارئ بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن التقابض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولا تخيير لواحد من المتعاقدين لأن عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الإناء فإن المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده لأن الشركة عيب ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها ولا خيار له لأنه لا يضره التبعيض فلم يلزم العيب وهو الشركة لإمكان أن يقطع حصته منها **قوله** ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل واحد من الجنسين بخلافه فيعتبر الدرهمان بدينارين والدرهم بالدينار وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة أو باع السيف المحلى بفضة ولا يدرى مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه أي تصرف العاقد لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابل الكل جنسه وعلى الشيوع فيندرج فيه بعض ذلك الجزء وخلاف جنسه لكنه إذ أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى أن كل حبة بعينها مقابل لكل جزء على العموم وإلا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة الأخرى ما يقابلها أو يقابل الكل نفسه أشياء كثيرة وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الألف بعينها مقابلة لذرة أخرى

وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل اما مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء

واخرى لا فيبقى الانقسام بادنى تامل والدليل على ان الانقسام كما ذكرنا انه لو اشترى عبدا او جارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا ولولا ان انقسامه على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا وتغيير تصرفهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على ان من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وحده ويخلو القلب من التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز ويفسد في المشترى بالالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه احكام اجماعية كلها دالة على ان تغيير التصرف لا يجوز وان يتوصل به الى التصحيح قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم تتحقق فيفسد العقد قال صاحب الذخيرة وللخصم ان يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما اذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس ام على الاطلاق فان قلت الثاني فممنوع وان قلت الاول فمسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغيير وحاصله انه على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقيا وذلك لا يكون الا اذا قوبل معين بمعين وتفاضلا وح لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب التمسوه بناء على اصل اجماعي وهو انه مهما امكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز ويترك حقيقته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كانهم نظروا الى ان المقابلة على وجه الشيوع ان لم يقتض حقيقة الربا استلزم شبهته وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك وانما يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو بعين العين بذا الجنس معين بدليل انه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى ان الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المص وفيه تغيير وصف العقد كانه نظر الى الظاهر منه هو مقابلة الجملة بالجملة على الشيوع عينا فكان مقابلة العين بالعين ليس محتملا فقال وفيه تغيير وصف العقد وهو مقابلة الجملة بالجملة شائعا لا اصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين اما مسئلة المرابحة فعدم الصرف لانه تغيير اصل العقد اذ يصير تولية في القلب واعترض بان مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد في مسئلة الطوق والجارية ان يحمل قوله بعتهما بعشرين مرابحة فيهما بعشرة ان يحمل فيهما على احدهما يعني الثوب كما حمل قوله خذ هذه الالف من ثمنهما على ثمن احدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة لم يغير ان يصدق ان العقد مرابحة لثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهي ما اذا باع عبدا اشتراه بالف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بالف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين ان يكون بصرف الخمسمائة الى العبد الآخر فيكون بايعا ما اشتراه ممن اشتراه منه بمثل ما اشتراه لانه كما يكون بذلك يكون بصرف اكثر من الخمسمائة بدرهم او درهمين او غير ذلك الى العبد الآخر فيصير بايعا للمشترى ممن اشتراه منه باقل مما اشتراه منه ونقض بان الطريق الصحة ايضا ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو ان يعتبر بمقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدرهم

قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في دراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب احدهما اقل ومع اقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربوا

اجيب بان التغيير ما امكن تقليله تعين وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون الا بما قلنا فكان ما قلنا متعينا بخلاف ما ذكر من فان فيه ثلاث تغييرات وايضا فان الذي ذكرنا طريقا متعينا هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما ذكرتم من ذلك وهو ان يصرف نصف درهم الى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس والى هذا يرجع قول من قال ان الكل تعين الجواب التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحد الوجوه ترجيح بل تساوت لانه يلزم الترجيح بلا مرجح فتتمانع الوجوه فتمتنع اما اذا كان فلا وفيما اخترناه ذلك لان العقد ورد على اسم الدرهمين مطلقا وعن هذا قلنا في الاصل هذا الاصل نظرا الى جواز ثبوت التي وجعل مستقلة اجتمعت دفعة واما في المسئلة الثالثة وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما فلان البيع اضيف الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع بجهالته ولان المعين ضده فلا يحمل اسم الشيء على ضده وليس مثله لان المعرفة ما صدقات المنكر فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمله فيجب حمله عليه فقد قال ابو حنيفة في قوله عبدي او حماري حر انه يعتق العبد ويحمل استعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضف الى المعين واعلم ان ما اورد على وضع النقوض المذكورة ان يخيس لجواب فذاك والا فلا يضرك النقض في اثبات المطلوب او غايته انه خطأ في محل آخر فان الحق بخطأ ثم في محل النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع واما في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض فليس مما نحن فيه فان العقد انعقد صحيحا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس في الفساد الطارئ فان قيل فليصرف الجنس الى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف لينعقد صحيحا والمقتضي احدهما وهو الاحتيال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طارئا متحققا لانطون ما يجب اعتبار العرف في اول الامر بل متوهم لان الظاهر انهما يتقابضان بعدما عقدا عقدا قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار واما المسئلة المستشهد بها اولا وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فانما تشهد على ان المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة الا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة احد البدلين على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة فما كان العقد مما لا ربوا فيه فما كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة واما فيما فيه الربوا فانما تجب القسمة على الوجه الذي يصح العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا لو تقابل جنسين بجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة التي هي هذه قوله ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما ثم فرع المصنف ما بين ان يبعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم فهي مكروهة فقال ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل من الآخر الا ان مع الاقل شيء آخر كفلوس او غيرها مما يبلغ قيمته قدر ان يزيد في البدل الآخر او اقل بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كان يضع معه كفا من زبيب او فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم ترو الكراهة عن ابي حنيفة رح بل صرح في الايضاح انه لا باس به عند ابي حنيفة رح قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه الف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط ايضا وقيل انما كره لانهما باشرا الحيلة ليسقطا الربوا كبيع العينة فانه مكروه لهذا وهذا ولو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين

ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة فهو جائز ووجه المسألة ... دينار بعشرة مطلقة
ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس كذلك وبالصفة فلو تقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا
يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه وتفسير
بيت طريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا
في اظهر الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد ويكفي ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة
بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال
واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل
ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو
عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء وان كان الغالب
عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس
الى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر

والدينار بدرهم ودينار ومن هي المسألة الخلافية مكروها ولم يذكره اجيب بانه انما لم يذكر الكراهة هنا لانه وضع المسألة فيما اذا كان الدرهم
ودينار بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وهو غير محتاج للكراهة ولا يخفى ان العقد واحد وكما ان قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم
فالدرهم لا يبلغ قيمته قيمة الدينار فلا يتفضل القدر شيئا بين نفسه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الآخر الذي يقتضيه النظر ان يكون مكروها ولا فرق
بينه وبين المسألة المذكورة في ثبوت الكراهة وغاية الامر انه لم ينص هنا على الكراهة فيجب ان يكون تقصيرا كما في الغنية والمختار ان يكون قول ابي حنيفة
على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق السلم من غير ذكر خلاف واما اذا ضم ما لا قيمة له كالكف من تراب لا ينتفع لانه لم يقابل الزيادة قال **فرع**
اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولذا لو اشتراه بتراب فضة
لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب بذلك حتى لو اشتراه بتراب ذهب او بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس ثم ان ظهر ان لا شيء
في التراب لا يجوز وكما جاز فالمشتري التراب بالخيار اذا رآه لانه اشترى ما لم يره **قوله** ومن له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة
وقبض الدينار فان كان اضاف الى العشرة الدين جاز اتفاقا فيجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان التعيين احد البدلين لئلا يكون افتراقا
عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربا بالتساوي وقد اندفع اللازم بالدين في هذه الصورة بقبض احد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه
التعيين في البدل الآخر قد تحقق هنا بقاء عقد الاضافة في ذلك اذ التعيين يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا
قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضف استحسانا فيجب بالعقد عشرة مطلقة لا يلزم ان يكون هذه العشرة الدين ولهذا قال زفر فيما
اذا باعه المديون بالعشرة دينارا بالعشرة فهي مسألة الكتاب ثم تقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تتعين بتلك العشرة المعينة
نحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض ودينا كما في القبض بعينه تنصرف الى العشرة الدين تعارض كذلك غير انه بقبض سابق كما ذكرنا
لا ينافي حصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التحقيق لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول واضافته الى العشرة الدين بعد
نفي الاطلاق بخلاف ما لو باع بالف ثم بالف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان احدهما لم يصدق على الآخر اذ العشرة مطلقا مع العشرة
المصدق لان الاطلاق يعين مقيدا اي العقد بها والا لم يكن تقاصا لا يصدق المطلق يعني الاطلاق في ذلك تقديره انتهى غيرا
موجب العقد نفسه فسخا والى عقد آخر اقتضاء ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل به في الحق بيد كل في بالف ثم يقع خمس الامر اذ المالك لم
فلا يتحول حكمه وهذا اذا كان الدين سابقا على بيع الدينار فان كان لاحقا فيه الأئمة آخر المسألة يحتمل بان عقد على الدينار بعشرة ثم باع صاحب الدينار
ثوبا من بائع الدينار بعشرة ثم قاصه بثمن الدينار عشرة والبيع والاصح انه يجوز لما ذكرنا من تحقق المقصود وهو ما ذكر من حصول الانفساخ
والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال فقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض من بائع الدينار عشرة من المشتري او غصب منه
فقد صار قصاصا ولا احتياج الى التراضي لانه قد وجد قبض **قوله** ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمين غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده
بيت المال لا لزيافة بل لانها قطعة مقطعة تكسر وتكون في القطعة قيراط او حبة وبيت المال انما يأخذ الاعلى وانما جاز للمساواة
في الوزن ذكره في الصحاح ساقطا الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة **قوله** واذا كان الغالب على الدراهم
الفضة فهي فضة اذا كان الغالب عليهما الذهب والفضة والغش او الغالب الغش والذهب والفضة اقل او تساويا فان كان الغالب الذهب

قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد فبالعد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص ثم هي ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت البيع لأنه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة ولأبي حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل وإذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائما وقيمته إن كان هالكا كما في البيع الفاسد

في الدنانير والفضة في الدراهم كما هو الذهب الخالص والفضة الخالصة أشياء الغالب لأنها على ما قيل لا تنطبع إلا بالقليل من الغش ويكون الغش خلقيا كما في الردي منه الذي يقال له نقل العيار وقد يكون الرداءة بما ذكرنا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب أكثر ما يخرجه إذا كانا كالخالصين فلا يجوز بيعها بالخالص من الذهب والفضة إلا متساويين في الوزن وكذا بيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراضها إلا كما يستقرض الذهب والفضة الخالصين وإن كان الغالب فيها الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير الخالصة اعتبارا للغالب فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وهي أنه إن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح في الفضة ولا في النحاس أيضا إذ كان لا يتخلص الفضة إلا بضرر وإن كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس إلى خلاف الجنس أي بصرف فضة كل من الدراهم إلى غش الدراهم الأخرى لأنها في حكم شيئين فضة وغش صفر أو غيره ولكنه مع هذا صرف حتى يشترط القبض قبل الافتراق ويجوز الصرف بالجنس عند وجود الفضة من الجانبين وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنها إلا بضرر ولا يخفى أن هذا الإيتاء في كل دراهم غالبة الغش بل إذا كانت الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس إذا أريد ذلك فأما إن كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق فلا عبرة بها أصلا بل تكون كالمموهة لا تعتبر ولا يراعى شرائط الصرف وإنما كان كاللون وهذا كان في أوائل قرن تسع مائة في فضة دمشق قريبا من ذلك قال المصنف رحمه الله ومشايخنا يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارا وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك أي بيعها بجنسها متفاضلا في العدالي والغطارفة مع أن الغش فيها أكثر من فضة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا الصريح فإن الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الأموال النفيسة فيتدرجون إلى ذلك في النقود الخالصة فمنع حسما لمادة الفساد والغطارفة دراهم منسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد ثم إن كانت الدراهم التي غلب غشها تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وإن كانت تروج بالعد فالبيع والاستقراض بها بالعد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيها إذا لم يكن نص على ما عرف في الربا وما دامت تروج فهي أثمان لا تتعين بالتعيين ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد وإن كانت لا تروج فهي سلعة فتتعين بالتعيين ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم ثم إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج وإن كانت يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والنبهرجة فيتعلق البيع بجنسها كما هو في الرائجة لكن بشرط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه رضي بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلها وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الأروج وإن كان الأروج في الرواج جرى فيه التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعيين الصنف الجياد ونحوه من أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها أنه لو اشترى سلعة بها فكسدت أي قبل قبضها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله فإن كان المبيع قائما يفسخ رده وإن كان مستهلكا أو هالكا رجع البائع عليه بقيمته إن كان قيميا أو مثله إن كان مثليا وإن لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد لا يبطل ثم اختلفوا فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع قال في الذخيرة وعليه الفتوى لأنه مضمون بالبيع فيعتبر قيمته وقت البيع كما في المغصوب إذا هلك أن عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب وقال محمد عليه آخر

قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابى حنيفة خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذى بيناه

ما تعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة وفى المحيط والتتمة والحقائق وبه يفتى رفقا بالناس لهما ان البيع قد صح بالاجماع الا انه تعذر التسليم اى تسليم الثمن لانعدام الثمنية بالكساد والضمير ضمير الشان وانه اى الكساد لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب شيئا فانقطع اى اوانه بان لا يوجد فى الاسواق لا يبطل اتفاقا وتجب القيمة او ينتظر اوان الرطب بان يوجد فى السنة الثانية وكذا هنا ولابى حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح لا بالخلقة وبانتفاء الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية فيبقى بيعا بلا ثمن بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة ولا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحيوة فهى فى باب الحيوة لا بالتقابل المستقبل منيته اذ انتفت ثمنيتها لانا نقول تصير مبيعة فى الذمة والمبيع فى الذمة لا يجوز الا فى السلم واعترض فى بعض الحواشى بان انتفاء ثمنيتها يوجب انه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه دينا ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين فى البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين الا ان المجيب نظر الى ان صورة المسئلة انه باع بدراهم كذا وكذا غالب غشها وهذا لا يوجب وليس فى صورة المسئلة احضار الدراهم والاشارة اليها بعينها بل باع بها على نحو ما يباع بالاثمان وبهذا الان الغرض ان البيع وقع حال رواجها اثمانا وانما كسدت بعد ما لم تقبض فلم تتعين وهذا المعترض لصورة المسئلة فلم تثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن وشرطا فى العيون ان يكون الكساد فى سائر البلاد ولو كسدت فى بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند ابى حنيفة رح لانها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون البائع بالخيار ان شاء اخذ مثل النقد الذى وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمته دنانير كذا ذكر فى العيون على قول محمد واما على قولهما فلا وينبغى ان يتعين البيع بالكساد فى تلك البلدة التى وقع فيها البيع بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا الاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا وما ذكرنا فى الكساد مثله فى الانقطاع والفلوس الكاسدة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت او انقطعت فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشترى ويطالب بالعقد بذلك العيار الذى كان وقت البيع والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول فى العام الثانى غالبا فكان انقطاعه كغلبة عدم وجوده بخلاف الكساد فانه ليس مظنة حقيقة الوجود فى زمن خاص يرجى فيها بل الظاهر عدم العود لان الاصل فى غالية الغش الكساد وعدم الثمنية والشىء اذا رجع الى اصله قلما ينتقل عنه وفى الخلاصة عن المحيط ولو ان رجلا باع الغير متاع الغير بدراهم معلومة فاستوفاها فكسدت قبل ان يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له **قوله** ويجوز البيع بالفلوس لانها نوع من انواع المال فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين بل لو عينت لا تتعين وللعاقدين دفع غيرها عين لانها اثمان كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز ولو استبدل بها جاز ولو باع فلسا بفلسين باعيانهما يجوز على ما سلف فى باب الربوا ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين باعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة امثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربوا وان كانت كاسدة لكنه مبيعة لا يصح العقد عليها ما لم تتعين فاذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند ابى حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذى بيناه فى الدراهم الغالية الغش يبطل البيع عنده لا عندهما ثم تجب قيمتها يوم البيع عند ابى يوسف وعند محمد يوم الانقطاع كذا ذكر القدورى الخلاف الذى فى الاصل وشرح الطحاوى والاسرار والمختلف من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر استدل بما تقدم من انقطاع الرطب المشترى به او اباق العبد المبيع قبل التسليم وتخمر العصير المشترى قبل التسليم لا يبطل العقد فيهما وتجب بما تقدم فى الرطب واما العبد فانه لم تبطل مالية

ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله عليه مثلها لأنه إعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه إذ القرض لا يختص به وعندهما
تجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض مثلياً فانقطع لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند
محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع وقول محمد رحمه الله أنظر للجانبين وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر

قال ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز
في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وأنها تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم
من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم
وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لأن في العادة المبايعة
بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لا سيما في ديارنا

بل هو مال باق حيث هو وإنما عرض العجز عن التسليم وكذا بالخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعاً بخلاف الكساد لهلاك الثمن به
إلا أن الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري إذ لا فرق بين كساد الستوقة وكساد الفلوس إذ كل منهما سلعة بحسب الأصل ثمن
بالاصطلاح فإن غاية الغش أن الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلاً فلو لم ينص على الخلاف بالفلوس وجب الحكم به في شرح الطحاوي ولو اشترى
مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس أو الدراهم ثم افترقا جاز البيع لأنهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه فإن كسدت الفلوس بعد ذلك فإنه
ينظر إن كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لأن كسادها كهلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وإن كان الفلس غير مقبوض
بطل البيع استحساناً لأن كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لأنه قادر على تسليمه أو أراد رفع العقد
عليه وقال بعض مشايخنا إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري إبطاله فسخاً لأن كسادها كعيب فيها والمعقود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض يثبت
للمشتري فيه الخيار والأول أظهر ولو نقد الدراهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها
وله أن يسترد نصف ثمن الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة أو شيئاً بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع عليه أن يرد المبيع إن كان قائماً أو القيمة
أو المثل إن كان هالكاً وهذا المعلوم مما ذكرنا إلا أن أبا يوسف قال في هذا إن عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع والفرق بين هذا وبين المسئلة الأولى وهو ما
إذا باع الفلوس بدرهم لأن هناك لو أوجبنا قيمة الفلوس تمكن فيه الربا وههنا لا تمكن وفي المسئلتين جميعاً إذا لم تكسد الفلوس غير أنه
تروجت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذي بينه منها **قوله** ولو استقرض فلوساً فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله عليه مثلها وا
اختلفت الروايات عنه فيما إذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال أبو يوسف في قياس قول أبي حنيفة عليه مثلها ولست أروي ذلك عنه
ولكن الرواية في الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم وقال محمد عليه قيمتها
في آخر وقت نفاقها ووجه قوله إن القرض إعارة وموجبه أي موجب عقد الإعارة رد العين إذ لو كان استبدالاً حقيقة لكان مبادلة الجنس بالجنس نسيئة وتستلزم الربا
بالنسيئة فكان موجبه رد العين إلا أن ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين بالقرض وكان يستلزم
رد العين معنى وذلك برد المثل ولذا يجبر المغصوب منه على قبول المثل إذا أتى به الغاصب في غصب المثلي بلا انقطاع مع أن موجب الغصب
رد العين وذلك حاصل بالكاسد والثمنية فضل في القرض غير لازم فيه وكذا يجوز استقراضها بعد الكساد ولذا يجوز استقراض كل مثلي و
عددي متقارب ولا ثمنية ولهما أنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبضها فيجب رد قيمتها وهذا لأن المقرض وإن لم يقبض وصف
الثمنية لا يقتضي سقوط اعتبارها إذ كان القبض قرضاً موصوفاً بها لأن الأوصاف معتبرة في الديون لأنها تعرف بها بخلاف
الأعيان المشار إليها وصفها لغو لأنها تعرف بذواتها وتأخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر في اختياره قولهما ثم أصل الاختلاف في
وقت الضمان اختلافهم فيمن غصب مثلياً فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء وقوله ههنا أنظر
للمقرض من قول أبي حنيفة رحمه الله لأن في رد المثل إضراراً به ثم قول أبي يوسف أنظر له أيضاً من قول محمد لأن قيمته يوم القبض أكثر من قيمته
يوم الانقطاع فكان قول محمد أنظر للمستقرض وقول أبي يوسف أيسر لأن قيمته يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فإنه يعسر فكان قول أبي يوسف
أيسر في ذلك **قوله** ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس فاكهة أو غيرها بأن قال مثلاً للبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس

قال ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لأن بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما بيعان ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة جاز لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية

فقال معناه انعقد موجبا للدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا إذا قال بدانق من الفلوس أو بسدس درهم أو بقيراط أو بنصف السدس وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها وإلا فالثمن مجهول ولأن العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط إعطاءه من الفلوس وهو صفقة في صفقة فإن المعنى أنه شرط أن يعطي بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا أو أن يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول إن ما يباع بالدانق وما ذكر من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لأنه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه وإذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لأن الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد لا يجوز إلا فيما دون الدرهم لأن المبايعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصح لا سيما في ديارنا أي المدن التي وراء النهر فإنهم يشترون الفلوس بالدراهم ولأن المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بأنه المراد ولا فرق في ذلك بين ما دون الدرهم والدراهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور في خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب قوله ومن أعطى صيرفيا درهما فقال أعطني بنصفه أو ربعا أو قيراطا منه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة وعلى رواية أن يقول وثلاثة أرباعه ثلاثة أرباع درهم إلا حبة وفي الباقي جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي من النصف الآخر والثلاثة الأرباع وباقي الصور لأن بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف درهم إلا حبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوي مقارن للعقد فيشيع وقد مر نظيره يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر إذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا وإذا فصل لا يشيع عندهما وعنده يشيع ولو كرر لفظ الإعطاء بأن قال أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفا إلا حبة كان جوابه كجوابهما في أن الفساد يخص بالنصف الآخر لأنهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكي عن الشيخ أبي جعفر وشيخ الإسلام والمظفر أنه لا يجوز وإن كرر لفظ الإعطاء لأن تعدد العقد وتعدد البيع وهم الإيجاب ولفظ أعطني مساومة وإذا كان قوله يعني بكذا ليس إيجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الأول قبلت فأعطني وليس من مادة البيع أولى أن لا يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الأولى وجه المختار أن ذلك صار معلوم المراد أنه إيجاب على أنا فلو تعورف في معنى مثله لصح أيضا إلا أنهم لم يذكروه وأن الكلام فيما إذا دفع إليه المخاطب قبل الافتراق فإنه يجعل بيعا في الثمنين بالمعاطاة فيهما والله أعلم ولو قال حسين دفع إليه الدرهم الكبير أعطني نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة جاز فيهما لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم إلا حبة فيتحرى للجواز بأن يكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع كان المحصل أعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم إلا حبة وما يباع بنصف درهم معلوم أنه يخص نصف الدرهم فصار كالأول كأنه قال أعطني بنصفه نصف درهم فلوس وجوابه أن موجب التحري للتصحيح أن المعنى على ذلك التقدير أعطني بهذا الدرهم نصف درهم إلا حبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد أنه إنما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصفه إلا حبة بمثله قال المصنف رحمه الله وفي أكثر نسخ المختصر يعني القدوري ذكر المسئلة الثانية ولم يذكر الأولى ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ ف ... وقد تقدم فيهما

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا

في الثمن التعليل فربما ينفصل عنها مسائل الصرف فإن باعا الجنسين متساويا فزاد أحدهما أو حط شيئا وقبل الآخر التحق بأصل العقد وبطل العقد وقال أبو يوسف لا يلتحق فيهما ولا يبطل وقال محمد يصح الحط هبة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لأنه ثمن الصرف وعند من لا تلحق الزيادة بأصل العقد كالشافعي رح وأحمد لا يشترط لأنها هبة ابتدائية ولو افترقا لا عن قبضها بطل في حصتها من البدل الآخر كأنه باع الكل ثم فسد في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده ويرد الذي حطه وإن كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلا لأن في تبعيضه ضررا وكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة إذا اشترى بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة أو من ذهب بذهب وتقابضا فوجد المشتري عيبا له أن يرده بالعيب فإن رده وقبضا ولا بأس به إن لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد لأنه فسخ وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فإن قبض صح الرد وإلا بطل وعاد البيع الأول لأنه بيع في حق الشرع فإن تعذر الرد بأن هلك في يده أو حدث عيب آخر رجع بأرش العيب إن كان الثمن ذهبا لتعذر الفسخ وإن كان فضة لا يرجع لأنه يؤدي إلى الربا فإن قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشتري بعد رؤيته لو اشترى دينارا بدرهم ولا دينار لهذا ولا درهم للآخر ثم استقرضا وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكيل لا يجوز عن أبي حنيفة رح اشترى فلوسا بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقد أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز تقدم معناه في تقسيم الطحاوي اشترى سيفا حليته مائة درهم فضة بمائتي درهم ثم علم أن حليته مائتا درهم قبل التفرق فإن شاء زاد في الثمن مائة أخرى وإن شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئا يتخلص الماسان للحلية ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد في الكل ولو كان ذلك في إبريق فضة بطل العقد في نصفه لا إبريق والله أعلم

كتاب الكفالة

أورد الكفالة عقيب البيوع لأنها غالبا يكون تحققها في الوجود عقيب البيع فإنه قد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفل بالثمن أو لا يطمئن المشتري إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجود غالبا بعده أوردها في التعليم بعده وأما مناسبة خاصة بالصرف فهي أنها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الأثمان وذلك عند الرجوع إلى المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لأنه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزم الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا ما أهمهما وقر جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد متضمن الامتنان على مريم إذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك وسمي نبي الله ذا الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنه إما تقربا إلى الله تعالى أو إزالة الأذى عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهمه أمره وسبب شرعيتها وقوع هذه الحاجة المقررة التي ذكرناها آنفا ودليل شرعيتها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن والإجماع وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض إلا من الثلث وفي الدين أن يكون صحيحا فلا كفالة في بدل الكتابة لأنه ليس دينا صحيحا إذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد إلى العتق وأن يكون مقدور التسليم وأما مفهومها لغة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقه عينا أو معنى قال في المغرب تركيبه دال على الضم والتضمن ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه كالحوية يركب عليه وكفل الشيطان مركبه وأما في الشرع فما أشار إليه المصنف بقوله ثم قيل هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وقيل في الدين قال والأول أصح فلا

ثم قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والأول أصح

في ذمة الكفيل خلافا للشافعي ومالك وأحمد في رواية فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الأصيل ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر إلا بأن قال
من لزوم صيرورة الألف الواحد ألفين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل
ما يوجب زيادة حق الطالب لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فإن كلا ضامن
للقيمة وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا لكن باختياره التضمين
منه لا بمجرد حقيقة اختياره لأنه يتحقق براءة أحدهما بمجرد ذلك لا إبراء الآخر ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح
ويرجع الكفيل على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئا صح مع أن الشراء بالدين من غير
من عليه الدين لا يجوز والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين إنما يمتنع [illegible]
ثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا الدين لأن اعتباره في الذمتين وإن أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع
كل ممكن إلا بموجب ولا موجب لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب
بالثمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب عن مسألة الهبة والشراء فإنا جعلناه في حكم الدينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل ولا
ضرورة قبله فلا داعي إلى ذلك ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين يعمل يقتضي أن الدين يكون في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الأصيل إذ نص الأداء أوجب
عليه ثم الوجه أن يطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فإن الكفالة كما تكون بالدين تكون بالأعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فإن هلك ضمن مثله
إن كان له مثل وقيمته إن لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها يجب تسليمها وإذا هلك يجب
تسليم قيمته إذا ثبت بالبينة أو بالإقرار والأعيان المضمونة بغيرها وهي الأعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها لا يجب تسليم شيء لا مثلها ولا قيمتها و
هو المبيع قبل القبض مضمون بالثمن والرهن مضمون بالدين ولو هلك لا يجب على الكفيل قيمتهما وأما الأعيان الواجبة التسليم وهو أمانة كالعارية
والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بها حتى لو هلك لا يجب على الكفيل قيمته بخلاف الأعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة
بها أصلا وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده
في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول الشافعي واختلفوا في قول أبي يوسف فقيل إن الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا
على إجازة الطالب وقيل يصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الاختلاف إنما تظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف لا يؤاخذ
به الكفيل وأما حكمها فثبوت حق المطالبة من الكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا وفي رواية عن مالك لا يطالب إلا إذا تعذر ذلك
وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور ينتقل الحق إلى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الأصيل أصلا كما في الحوالة وما ذكر في السنة من
ذلك إلى مالك خلاف ما في سائر كتب أصحابنا احتجوا بما روى أبو سعيد الخدري أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين قالوا
نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال علي رضي الله عنه أنا لهما ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على علي فقال جزاك الله خيرا وفك
رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل يا رسول الله أهذه خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل على أن المضمون عنه برئ من الضمان
قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الآن بردت جلدته وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه

قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة **قال** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة

لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلوة على مديون لم يخلف وفاء وترك فك الله رهانك لانه كان يجال لا العمل عليه فلما ضمن عنه فك عن ذلك ولا يخفى انه لم يقع الجواب لعدم ان الدليل يتم لعلوة عقيب ضمان علي او يدل على ان الضمان تم بذلك **قوله** قال اي القدوري الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله المصنف بانه التزام ما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه حر لا ينقاد له ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير امره وكذا بامره لان امره بكفالة لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين واستدل للمذهب بما اخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم باعتبار عمومه وقوله بنوعيه اي نوعي عقد الكفالة واعترض بانه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال واجيب بان الغرم لا يختص بالمال بل الغرم اداء ما يلزمه والغرم اللازم ذكره في الجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد يثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما اشار اليه المص بقوله والحاجة ماسة وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله الجائز يجامع عموم الحاجة اليها احيا للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط وما ظن من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر انه ينقاد اذا كان بامره وان كان بلا امره يمكنه احضاره بالاستعانة باعوان الحاكم وابطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول به بانه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى ان ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور والتعليل تامل وروي انه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمة وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت ام كلثوم بنفس علي واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيها لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب بمنع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه انها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها واما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم الاستيثاق فان الحد يحتال في درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال لاستيفائه فقام المانع فيهما واما الجبر على اعطاء الكفيل فيهما ففي الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما واما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلان الكفالة لا تفيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب بالاداء اما ان يجيب كغيره او لا ففي الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني ظهر فسقه فلا تقبل شهادته لو احضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه **قوله** وتنعقد اذا قال تكفلت الخ شرع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلي والي وذلك عندي هذا الرجل علي ان اوافيك به او على ان القاك به او دعه الي وحميل بالمهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وروي في الفائق الحميل ضامن واما القبيل فهو ايضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا اضيفت الى جملة البدن او ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت او انا حميل او زعيم بنفسه او رقبته او روحه او جسده او راسه او بدنه او وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة مجازا كالراس وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رح ما اذا كفل بعينه قال البلخي رح لا يصح كما في الطلاق الا ان ينوي به البدن والذي يجب ان يصح في الكفالة

قال فإن شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه أول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول به أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق **قال** وكذا إذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب وهذا لأنه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لأن الأجل حقه فيملك إسقاطه كما في الدين المؤجل

والطلاق فإن العين ما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال يده أو رجله ويأتي في نحوه كما تقدم في الطلاق وكذا إذا أضاف إلى جزء شائع منه كنصفه أو ثلثه أو جزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فذكر بعضها شائعا كذكر كلها وضمنت بأنه تصريح بموجبه لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور وعلى صيغة التزام وإلي في معناه وقال صلى الله عليه وسلم من ترك كلا أي عيالا فإلي لأن العطف يقتضي المغايرة قوله وقد وردت فيه السنة في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وفي الصحيحين عن أبي هريرة رضي عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فإلينا وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدام بن معدي كرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فإلي ومن ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه ابن حبان في صحيحه وفي لفظ لأبي داود وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا أو ضيعة فإلي بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته لا تثبت به الكفالة لأنه التزم المعرفة دون المطالبة وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال ضامن لتعريفه أو على تعريفه وفيه اختلاف المشايخ والأوجه أن لا يلزم لأنه مصدر متعد إلى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب وعن نصير قال سألت محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سليمان أما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يلزمه شيء وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو الليث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور والظاهر من أبي حنيفة ومحمد وفي خزانة الواقعات وبه يفتى أي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى أن في قول أبي يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه على هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسفي لو قال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أسلمه إليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات حالة قيده بما إذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو أن يقول إن لم يؤد فأنا أؤدي ونظيره في النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شيء ولو قال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج **قوله** فإن شرط في الكفالة أي بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه أو يوم لزمه إحضاره وفيه وإلا حبسه الحاكم لامتناعه من إيفاء حق مستحق عليه وهذا إذا لم يظهر عجزه عن إحضاره فإن ظهر لا يحبسه إذ لا فائدة في حبسه كما إذا مات المكفول به فإن الكفالة تبطل فإن غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل بالمال ويؤجل له مدة يمكنه الإحضار فيها فإن لم يحضره وظهرت مماطلة الكفيل فيحبس إلى أن يظهر للقاضي تعذر الإحضار عليه بدلالة الحال أو الشهود وبذلك فيخرج من الحبس وينتظر إلى وقت القدرة كما في الإعسار بالدين وإذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من اشتغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال الطالب يعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف وإن كانت له خرجة معروفة يخرج إليها إلى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه لأن الظاهر شاهد له وإن لم يكن له ذلك فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل وينكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق في دعوى ما يسقطها فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه وفي بعض النسخ قوله وكذا إذا ارتد ولحق بدار الحرب يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب إن كان بيننا وبينهم موادعة فإن لم يكن لا يؤخذ الكفيل للعجز عنه واللحاق وإن كان موتا حكميا في حق ماله حتى يستحق الإرث إليه أما في حقوق العباد فثابتة على حالها ثم لم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة وللشافعية فيما إذا كانت مسافة القصر وجهان أحدهما لا يسقط الطلب كما هو مذهبنا والثاني يسقط [illegible]

قال وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار فكان التقييد مفيدا وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه **قال** وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل فإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت **قال** ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين

قوله وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له على أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر من الأمصار برئ الكفيل من الكفالة سواء قبله الطالب أو لا كالمديون إذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لأنه ما التزم التسليم بالكفالة إلا مرة وقد حصلت ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعند أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسألة الأخيرة من مسائل التسليم وضعها بما أنسب وجه قوله أنه ثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهرا إلا في مصره لأن شهوده ظاهرة فيه لا في غيره من الأمصار فلا يفيد الكفيل إقامة المقصود ويضعف قولهما أدخ وفي فتاوى القاضي إذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه فالكفيل إن سلمه إلى القاضي أو إلى رسوله برئ وإن سلم إلى المدعي لا وهذا إذا لم تكن الكفالة إلى المدعي فإن أضافها بأن قال أكفل للمدعي فالجواب على العكس أما إن عين مجلس القاضي أو المسجد الجامع فالمذهب أنه إذا سلمه في السوق برئ لأن المقصود من الكفالة تحصيله ذلك وهو قدرة المخاصمة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ أنه لا يبرأ بذلك لأن البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على إحضاره المجلس القاضي بإعانة الناس وعبارة المصنف تقول الآن لا يعينون أو لا يفعلون إن قدروا وإن كان أثبته مقيدا وقد روي ذلك عن أبي يوسف نصا وقال لأن الناس لا يعينونه للإحضار قيل ويجب أن يفتى بهذا ولو شرط التسليم عند الأمير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولي غيره فدفعه عند الثاني جاز في الخلاصة ولو سلمه في برية أو سواد لا يبرأ اتفاقا ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيه وفي المنتقى رجل كفل بنفس رجل محبوس ينبغي للقاضي أن يخرجه حتى يدفع الكفيل إلى المكفول له ثم يعيده إلى السجن مفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه إلى مجلس القاضي فدفعه إليه قال محمد لا يبرأ إلا أنه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ولو خلي عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه وهو في الحبس إن كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وإن كان في أمر من أمور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه إلي فدفعه إليه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه إليه وهو في حبسه ومفهوم هذا القيد في قوله الأول وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي إليك عن كفالة كان جائزا أيضا ويبرأ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره **قوله** وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل وكذا إذا مات الكفيل يعني يبرأ لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب الذي هو النفس بخلاف الكفيل بالمال إذا مات فإنه يطالب بأداء ما كفل به لأن ماله يصلح للوفاء وبذلك فيطالبه الوصي فإن لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت ويرجع ورثة الكفيل على الأصيل أعني المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره كما في الحياة ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالا ولا يرجع ورثته على المكفول عنه إلا بعد حلول الأجل لأن الأجل باق في حق المكفول عنه المال عن رجل لتعاجله وعن زفر الأجل بموت الكفيل على الكفيل أيضا أما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لأن الكفيل موجود على قدرته والوصي أو الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك **قوله** ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء لأنه أي دفع المطلوب هو موجب التصرف يعني الكفالة ولا يحتاج في ثبوته إلى التنصيص عليه فالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة بموجب الدفع فكانت حكما متعلقا بموجب الكفالة فإذا وجد وجدت وقد وجد إذ قد تحقق الدفع فتثبت من غير حاجة إلى اشتراطها وقوله كما في قضاء الدين يعني إذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وإن لم يقبضه كالغاصب إذا رد المغصوب

ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه
قال فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لأن الكفالة
بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة
به إذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رح لا تصح هذه الكفالة لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر
من حيث إنه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف

على المالك يبرأ مع أنه جاز فهنا أولى والبائع إذا أسلم المبيع إلى المشتري قال الفقيه أبو الليث ثم ما ذكر هذا الدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد أخرى
ان يستوفي حقه لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إليه إلى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن مقتضى الكفالة وجوب التسليم
مرة لا يفيد التكرار **قوله** ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته أي من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي إليك من كفالة
فلان صح عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الأئمة لا نعلم فيه خلافا قال المصنف لأنه أي المكفول مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ مطالب بالخصومة
يعني إذا طالب مطالب الكفيل فكان تسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه إذ مطالبه بمحل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل إذا قضى الدين
بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله وكذا إذا أسلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه يعني إذا قال سلمت إليك نفسه من الكفيل بخلاف ما إذا لم يقل
ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل أو سلمه أجنبي لا بأمر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل رح بخلاف
ما سكت الأصيل فلم يقبل شيئا لا يبرأ **قوله** فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت فهو ضامن لما عليه
لأن الكفالة بالمال في هذه المعلقة بشرط عدم الموافاة وهذا تعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لأن وجوب المال عليه
بالكفالة المعلقة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل منهما للتوثق ولعله يطالبه بحق آخر فعند ذلك يطلبان أما الأول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة
أي لأن تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع كما لا يجوز تعليق البيع كأن يقول إذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بكذا فقبل الآخر
لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا ولنا أنه أي عقد الكفالة يشبه البيع في الانتهاء من حيث أن الكفيل بالأمر يرجع إلى المكفول عنه بما أدى
فصار كالمعاوضة ويشبه النذر ابتداء من حيث إنه تبرع في الابتداء بالتزام المال فبالنظر إلى الشبه الأول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر إلى الثاني فقط
يجوز مطلقا فإن النذر يصح تعليقه مطلقا فعملنا بالشبهين فقلنا إن كان التعليق بشرط متعارف بين الناس أي تعارفوا تعليقها به صح عملا بشبه النذر
وإن كان غير متعارف كدخول الدار وهبوب الريح ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف ثم ذكر خصوص الكمية في صورة المسئلة
وهي الألف اتفاقي في التصوير فإن الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا يضره جهالة المكفول به ولو قال كفلت لك بما لك عليه
صح مما ثبت بالبينة أنه عليه له لزمه وأما الثاني فنقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة وإنما
لا يصح الكفالة الثانية للتعليق وأما ثبوت صحتهما فلمقتضي وهو الكفالة بالنفس أولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان
متعددان لأن الموجب لأن موجب تلك تسليم النفس وموجب الأخرى تسليم المال وليس إسقاط أحدهما إسقاطا للأخرى لجواز أن يكون له مال آخر
يدعي به غير المال الذي كفل به معلقا وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البدل إلا لو كانت العبارة كفلت بنفسه على أني إن لم أوافك
به كذا كنت كفيلا بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزا لقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال
بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فيثبت الكفالتان ولا يخفى رح أنه لو كانت المعلقة بما له عليه بأن كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى كذا فهو كفيل بكل ما له عليه
ينبغي أنه إذا ثبت له عليه مال غيره ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حق حتى أن تبطل الكفالة بالنفس رح ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه إليه وخاف لزوم المال عليه
يرفع أمره إلى القاضي لينصب وكيلا فيسلمه إليه وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري إلى القاضي لينصب وكيلا عن البائع ويرد
عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة

ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر لا يضاف اليه فلا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا لان اللام للمعهود والمعهود ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتنصرف الدعوى الى اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية

وفيها كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف الاول فهنا ثلاث مسائل احداها ان يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين فانه جائز استحسانا والثانية ان يكون الطالب مختلفا فيهما فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا او اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو مختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غد فان لم يواف به غدا في المجلس مثلا فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم يواف عند القبض مني فانا بريء منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وفيت ولم توافِ فانك لم يصدق واحد منهما فلو اقام المطلوب بينة على الموافاة بريء من الكفالتين ولكما كفل على انه ان لم يواف فعليه المال فادعى الكفيل انه وافاه به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم اوافك به فانا ضامن لما عليه فهذا على ان يوافيه بعد الغيبة قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه يعني قبل الغد ضمن المال الكفيل لما صح على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة بالنفس فان قيل ينبغي ان لا يجب المال اذا مات المكفول به لان شرط صحة الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي انتهت بموت المكفول به على ما عرف من امركما لو ابرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت اجيب بالفرق بان الابراء وضع لفسخ الكفالة فتنفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المقيد فيقتصر اما اضرورة الى تعديها الى الكفالة بالمال احسن جواب المبسوط بالتصحيح بان تصحيحها بطريق التقديم والتاخير بان يجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخرج عن الظاهر احتياطا لايجاب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في اكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكر فخر الاسلام في الصدر الشهيد وقاضي خان فيثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بان هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكر المصنف والوجه ان هذه تفيد فائدة اخرى وهي ان عدم الموافاة اذا كان للعجز بالموت لا اثر له ويثبت عنه الضمان لما كان يتوهم ان العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بامر سماوي لا اختيار له في دفعه ولا تقصير منه فيه والا تكون تلك مقيدة وهذه مطلقة التنبيه على معرفة حكم هذه اذ اعرف ان المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال في تركته اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان ادى في هذه الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان ابى القبول يجبر عليه لان له حقا في ذلك وهو ان لا يلزمه المال عند انقضاء المدة قوله ومن ادعى على آخر الخ ولفظ في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها او لم يبينها او لم يسمها ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فرضي بذلك فلم يواف به غدا قال عليه المائة الدينار في الوجوه جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول ابي يوسف وقال محمد ان ادعى فلم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار او ادعاها بعد ذلك لم التفت الى دعواه وازاد بالوجهين ما اذا بينها اي ذكر انها جيدة او ردية او وسط او غير ذلك او لم يذكر كذا قيل والاحرى ان يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة بينها او لا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل لمحمد وجهان احدهما انه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على ان يترك المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال وكلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول ابو منصور الماتريدي وهذا الوجه

قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم **قال** ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة

لا تصح صحة الكفالة بالنفس الثاني ان الكفالة بالنفس بالحلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى ولم تصح مع جهالة المدعى به من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه قول الكرخي وهو يبطل الكفالتين قال المصنف ولهما ان المال ذكره معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي قبل الحضور الى مجلس القاضي احترازا عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها صحة الثانية ونحن قد اسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلي مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه ان يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بالف ظهر انه اراد الالف التي يدعيها حكما بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحيحا لكلام العاقل ما امكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا انا لا نحكم حال صدوره بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر انه انما كفل للمدعي بها بالف وفي الخلاصة قال ان كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه الف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول لا شيء لي على والطالب يدعي الفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل الف درهم عند ابي حنيفة وابي يوسف وفي قوله الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شيء عليه وهذا يقتضي ان المحصل ان ابا حنيفة وحده يستفاد منه ان الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وقد ذكر ما يظهر فيها **قوله** ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله قال المصنف معناه لا يجبر على اعطاء الكفيل عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد ولهذا يشترط الدعوى وفي القصاص خالص حق العبد ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله تعالى اخلاء الارض عن الفساد ومعنى الجبر ليس ان يحبس حتى يعطي بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه او يحبس معه خارج البيت او يعطي كفيلا بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طالب نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة او قبلها لان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى اذ لا يصح دعوى حد الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس بحق واجب على الاصيل وبعد اقامة البينة يقبل التعديل او شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله فتصح الكفالة باحضاره واورد عليه فينبغي ان لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه اكثر واجيب بان الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل للتهمة بالدعارة والفساد تعزيرا واذا لم يكفل به باذ الصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان احضر البينة فيها والا خلى سبيله وروي عن ابي يوسف في الذمي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلوة احبسه واؤدبه ثم اخرجه ومن تهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني احبسه واخلده في السجن الا ان يتوب لان شره على الناس وشر الاول على نفسه ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن ابي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وهو من مشائخ بقية المجهولين ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي واعله به قال مجهول لا اعلم روى عنه غير بقية كما يروي عن سائر المجهولين ولان مبنى الكل يعني الحدود الخالصة لله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانه لا يندرئ بالشبهات فيليق الاستيثاق كما في التعزير حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه ثم ولو سمحت نفسه اي نفس المطلوب باعطاء الكفيل بلا جبر يعني في حد القذف

قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه
ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة
بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف درهم او بمالك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة
على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقتصار وشرط ان يكون
دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان
الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا
يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما فله ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لانه يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك
من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق

والقصاص جائز لانه امكن ترتيب موجبه عليه وهو تسليم النفس لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب بها الكفيل فيتحقق الضم وقد مضى هذا التعليل
صحة الكفالة اذا سمح بها في الحدود الخالصة حقا لله لان تسليم النفس واجب فيهما لكن نص في الفوائد الخبازية والشاهية على ان ذلك في الحدود
التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرنا من ترتيبه لانه معارض لوجوب الدرء ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل
يعرفه القاضي انه عدل لنفي المجهول لان الحبس هنا للتهمة لا للاستيفاء والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان التهمة
تثبت بذلك فاذا وقعت التهمة حبس بالنفس وهو ما روى بهز بن حكيم عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وسنذكر
تخريجه والكلام فيه في الحدود بخلاف الاموال لان الحبس اقصى عقوبة فيه اي في المال فانه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الايفاء
يحبس فكان اقصى عقوبة فيها اما الحدود والقصاص فاقصى العقوبة فيهما القتل والحبس نوع عقوبة فجاز ان يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص
وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك واصل التاء فيه واو من وهمت الشيء اهمه وهما من باب ضرب اي وقع في خاطري والوهم ما وقع في القلب من الخاطر
واتهمت فلانا بكذا والاسم التهمة بالتحريك اصله اوتهمت كما في اتكلت اصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم ابدلت
منها التاء فادغمت في تاء الافتعال قال المصنف وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق
بالكفالة اذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان فيهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي اخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود باحدهما ويجمع بينهما
بان المراد بالاولى يحبس ان لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا حبس ان قدر على الكفيل ولا يخفى ان المراد بالحدود حد القذف والقصاص قوله والرهن والكفالة
جائزان في الخراج لان الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة
والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن فامكن ترتيب موجب العقد اي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد
الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فيصح كل من عقد الكفالة والرهن به فظهر بما قررنا ان قوله مطالب به ممكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع
الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم انه لا يجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلوة ووجوبه
بحكم الشرع كالزكوة لكن لما كان هذا من لوازم الدين كما ذكرنا صح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكوة فانه وان كان له مطالب من العباد
وهو الامام في الاموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب تمليك طائفة من المال شكرا لله
على نعمة الغنى ولهذا لا يؤخذ من تركته بغير ايجاب الورثة عندنا ولم يخص كونه له مطالبة من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك لا يعين تحقق مطالب
من جهة العباد حقيقة بل حقيقة تملك ان يكون عليه الملك مطالبا الا للملك والمالك مطالب بفتح اللام ليس غيره ومطالبة الامام ليس للايصال الى المستحقين الى المالكهم
بل الى المستحقين لا بطريق الملك بخلاف سائر الديون فانها مملوكات قوله ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر
بنفسه جاز وهما كفيلان بالنفس لان موجبه التزام المطالبة وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق ثم اذا سلم احدهما النفس المكفول به لا يبرأ الآخر
بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلوا معا طولب كل بما يخصه او على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلاثة معا بالف لا يطالب
احدهم الا بثلثها ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالالف واذا قضى سقطت عن الباقين قوله واما الكفالة بالمال هو عديل قوله اول الباب

قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر

الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعاوضة الصريحة لو قال اما الكفالة بالنفس ونحوه كما قال فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك واحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو وابن ابي ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله او دفع الضيق عن الحبيب فلا يبالي بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلي فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة ايام بخلاف البيع وما نص عليه من انه لو قال انا ضامن لك ببعض مالك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزمه ان يبين اي مقدار شاء وعلى ضمان الدرك اجماع وضمان الدرك ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع اعم من جواز ان يظهر استحقاق بعضه او كله وقد نقل نص الشافعي على جواز ضمان الدرك واما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم على ان شرع من قبلنا شرع لنا اذا قص ولم يعقبه بانكار فيمكن ان يدعى ان حمل البعير كان مقدارا معينا كما يتعارف في زماننا ان الحمل المعتاد خمسمائة رطل فلا يتم الاستدلال به ومما يلحق بالكفالة لو كفل الشجة اي خطأ فانه يصح العقد على تقدير السراية يجب القصاص اذا كانت بالة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطأ ففي الكفالة مع جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجب دية النفس والا فارش الشجة ومع ذلك صح وقد منا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من اسقاط هذا الدين عنه بان يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده ولذا احترز به عن دين الزكوة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكوة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الدين وان شاء طالب الكفيل وهو قول اكثر اهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل وله مطالبتهما جميعا لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما ومطالبة ايهما شاء الا اذا شرط في الكفالة براءة الاصيل فحينئذ لا يطالب الاصيل بناء على ان ذلك حوالة معنى بلفظ الكفالة يجوز بها فيها فتجري فيها احكام الحوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل تنعقد كفالة اعتبارا للمعنى فيها بخلاف المالك المغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين يعني الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له ان يضمن الآخر لان اختياره تضمين احدهما يتضمن ان قضى عليه يتضمن التمليك منه فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التمليك ولو قضى عليه ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء

قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا او ما ذاب لك عليه اي ما وجب وثبت عليه فعلي من ذوب الشحم لان المتحقق ان ما بايعت فعلي وكذا ذلك البيع فان ذاب لك عليه شيء فعلي وكذا ما غصبك فعلي واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن في المبايعة الثانية ذكره في المجرد عن ابي حنيفة نصا وفي نوادر ابي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بجهالة المكفول له في الاضافة فلو قال ما بايعت من الناس فعلي ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها جهالة قليلة تتحمل وحاصله ان جهالة المكفول تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التنجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على احد من الناس او ما بايعت احدا فهو علي لا يصح بجهالة المضمون عنه في الاضافة وكذا لو قال ما ذاب لاحد عليك فهو علي لا يصح بجهالة المكفول له ولو قال ان غصبك فلان ضيعتك فعلي جاز لا ستناده ولو قال ان غصبك اهل الدار فانا ضامن لا يصح الا ان يكون كانه قال ما يجب لك على احد من الناس

ويكره اذا جعل واحد منهما اجلا لانه لا يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق

فصلى عليه لا تصح بجهالة المكفول عنه فمن بايع فلانا اليوم من بيع فعلي لا يلزم الكفيل شيء بجهالة المكفول لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلي يصح فانهم معلومون عند المخاطبين فانهم بايعوه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين ويجب ان يحمل الاطلاق في المسئلة التي قبلها اليه اعني معينين معلومين عند المتخاطبين والا فلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا ما بايعه على فلان وهو الذي او لهذا ما بايعه عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان او بمالك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة المكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول عنه في التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه في التنجيز والاضافة حيث يصح في التنجيز دون الاضافة اما الاول فما ذكر في الذخيرة ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول كالبائع لانه تمليك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من تعيينه فلا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري بالنسبة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث يصح من غير قبوله وامره فلا تمنع جهالته المعتق جواز العتق واما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتوفيق ان القياس يابى جواز اضافة الكفالة لانها تمليك في حق الطالب وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل هذا ان المبطل هو الاضافة لا جهالة المكفول عنه اذا عرف هذا فلنرجع الى مسئلة الكتاب واستدل المصنف واكثر الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم ونقل عن ابي بكر الخصاف تضعيف الاستدلال به لجواز ان يكون لبيان الاجارة لا الكفالة وكذا قال اصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستاجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمان الامانة على هذا الوجه جائز ولكن ابو عبيدة فقال جاز به قلة كذا والدليل على انه ليس من باب الكفالة بل من العمالة ان المكفول له في الآية مجهول ولا تصح الكفالة مع جهالته الا في مسئلة واحدة سياتي وعامة المشايخ قالوا الاستدلال صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما ادى الغير عن غيره وهو الملك فان المعنى ان الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير لانه انما ادى بامره ثم تكفل عن الملك بالحمل المذكور لا عن نفسه الا ان فيها جهالة المكفول له فقد اشتملت على امرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم انتساخ الاول بدلالة الاجماع على منعها بجهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس والطالبا لها مع جهالة المكفول له وغيبته بحديث ابي قتادة في تحمل الميت المديون بدرهمين فقال هما علي فصلى عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قام الدليل على انتساخ احدهما وهو جوازها بغيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع الى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو ان يكون شرطا ملائما وملائمة الشرط باحد ثلاثة امور احدها ان يكون سببا للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف بان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع فان استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالحمل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بالصاع فانه سبب وجوب الجعل الثاني ان يكون شرطا لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان وهو مكفول عنه فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه الثالث ان يكون سببا لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد او هرب او مات ولم يدع شيئا ومن الصور المروية عن محمد ضمنت مالك على فلان ان توى وان حل مالك عليه ولم يوافك به وفي الخلاصة نقلا من الاصل قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك او جحدك فانا ضامن لك صح وكذا ان قتلك او ابنك فلان خطأ فانا ضامن للدية صح بخلاف ان اكلك سبع ونحوه مما ليس بملائم كان دخلت الدار وقدم فلان وهو غير مكفول عنه

وان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليه

وهبت الريح او جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا يعني من هبوب الريح ومجيء المطر كان يقول كفلت بما لك عليه الى ان تهب الريح او الى ان يجيء المطر لا يصح الا ان الكفالة تثبت حالة لو جعل الاجل بان علقها بها او هبت الريح فقد كفلت بما لك عليه فان الكفالة باطلة اصلا ولو جعل الاجل الحصاد والدياس او المهرجان او النيروز او صوم النصارى جازت الكفالة والتاجيل فالحاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة اصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل المص لهذا بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق مقتضاه ان في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفي فتاوى قاضي خان ان الكفالة باطلة فتصحيحه ان يحمل لفظ تعليقها على معنى تاجيلها بجامع ان في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقد اخذ المص في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق واراد التاجيل هذا وظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيما اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة ومثل بقوله اذا استحق المبيع فانا ضامن الى ان قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تصح الكفالة ويجب المال لان كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وفي الخلاصة كفل بمال على ان يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة اذا كانت في صلبها

قوله فان قال تكفلت بما لك عليه الخ شروع في بيان وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التي تقع بها الكفالة فمن ذلك اذا قال تكفلت لك بما لك عليه فلا يجب على الكفيل شيء الا ان تقوم البينة بمقدار الف او غيرها لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيجب ولو لم تقم بينة فالقول قول الكفيل في مقداره على المكفول عنه مع يمينه وان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق المكفول عنه في حق نفسه بما اقر به على نفسه لولايته عليها بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو علي او ما ثبت فادعى المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذا ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بما لك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب يحتمه الكفالة بما يجب والوجوب يثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الا ان يقضي بشيء وكذا ما اقر لك به امس فلو قال المطلوب اقررت له بالف امس لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه لا مالا يجب عليه في الحال ولم يثبت انه وجب عليه وان قال ما اقر به فاقر به في الحال يلزمه ولو قامت بينة انه اقر قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقبل ما كان اقر به ولو ابى المطلوب اليمين فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل وفي الخلاصة رجل قال ما اقر فلان به فهو علي فمات الكفيل ثم اقر فلان فالمال لازم في تركة الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال لآخر بايع فلانا فما بايعته من شيء فهو علي صح فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضه واقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ولو جحده الكفيل والمكفول عنه واقام الطالب البينة على احدهما انه باعه ذلك لزمهما ولو قال ان لم يعطك فلان مالك عليه فانا ضامن فهذا لا سبيل فيه عليه حتى تقاضاه فيقول لا اعطيك ولو مات المطلوب قبل ان يتقاضاه لزم الضمان الضامن ولو لم يمت لكنه قال انا اعطيك ان اعطاه مكانه او ذهب الى السوق فاعطاه او قال اذهب الى المنزل حتى اعطيك مالك فاعطاه فهو جائز فان قال ذلك فلم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت غدا مالك عليه ولم يعطك فانا ضامن فمات المطلوب قبل ان يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان غرم بغرض لك عن الاداء فهو علي فالمعتبر ان يحبسه او لم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفل لرجل

قال وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا ولأنه التزام للمطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دينه بأمره وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه وقوله رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل

رجل قال على أن كفيل عنه فلان بهذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة قصد الوالي أن يأخذ منهم شيئا بغير حق فاختفى بعضهم فظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون للذين وجدهم الوالي لا تطلعه علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص فلو أخذ الوالي منهم شيئا فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على أن يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده وجاز إذا أمره بذلك ليس له أن يسترد الوديعة منه فإن هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل إنها هلكت فلو غصبها رب الوديعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بالف على أن يعطيه إياه من ثمن هذه الدار لم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يجبر على بيع الدار

قوله وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فإنه أعم من كونه بإذن أو بلا إذن ولأنه أي عقد الكفالة التزام المطالبة وهو أي هذا الالتزام تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر على المطلوب لأن ضرره بثبوت الرجوع ولا رجوع عليه لأنه إنما يرجع عند أمره وعند أمره يكون قد رضي به فإن كفل بأمره رجع بما أدى لا يقتضي دينه بأمره مقيد بأمرين أحدهما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الأمر فلو كان صبيا أو محجورا أو ما من تكفل فلا يرجع عليه فلو كان عبدا محجورا فإنما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي مأذونا صح أمره ويرجع الكفيل عليه لصحة أمره بسبب الإذن ثانيهما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول اكفل عني أو اضمن لفلان أو على قوله أنا ضامن لفلان ونحو ذلك فلو قال اضمن الألف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الأداء لأن الكائن مجرد الأمر بالضمان والإعطاء يجوز أن يكون القصد ليرجع وأن يكون القصد طلب التبرع بذلك فلم يلزم المال بالشك هذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بدليل ما في إشارات الأسرار إذا قال لرجل اضمن لفلان الألف درهم أو اقضه الألف درهم ففعل لم يرجع على الآمر إلا إذا كان خليطا أو شريكا وقال أبو يوسف يرجع لأنه وجد القضاء بناء على الأمر فلا بد من اعتبار الأمر فيه وأن يكون كذلك إلا إذا كان قضاء من جهة الذي أمر فصار كما لو قال اقض عني وتضمن ذلك استقراضا منه ومتى قلنا لا يقع من الذي الغا الأمر لأنه يصير قاضيا عن نفسه فيصير وجود الأمر وعدمه سواء أما الخليط فيرجع فيه بالإجماع والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه فأورد مطالبة بالفرق بين الأمر بالكفالة وبين ما إذا قال أد عني زكوة مالي وأطعم عني عشرة مساكين فأدى عنه لا يرجع على الآمر ما لم يشترط الضمان فيقول على أني ضامن فلم يكتف بمجرد الأمر في الرجوع وإن ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به وأجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام بأن الأمر طلب التمليك من المأمور في الفصول كلها لأنه أمره أن يؤدي عنه ويقتضي عنه ولن يكون قاضيا عنه إلا بعد أن يصير المقتضي به ملكا للآمر إلا أن الملك للآمر إنما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك وإلا فلا وفي قضاء الدين إنما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لأنه تملك بالمثل وهو الدين السابق له حتى لو ظهر أن لا دين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل وليس كذلك الأمر في باب الزكوة والكفارة فيثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لا زكوة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للآمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه إلا بالشرط والحاصل أن الأمر في الكفالة تضمن طلب القرض إذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكوة والكفارة طلب الاتهاب ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا أن الملك إنما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض وقوله وإن كفل بغير أمره لم يرجع هو قول الشافعي ورواية عن أحمد وقول مالك وفي رواية عن أحمد يرجع كالوكيل بأمره لأن الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الأصيل قلنا تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تسامحنا في شيء من ذلك فإنما سميناه تشبيها أي هو كالتمليك وفي الكفالة بالأمر يجب المال للكفيل على الأصيل

قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله وكذا اذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما هاهنا فبخلافه

حكم الكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتاخر الى ادائه وهذا لا يكون في الكفالة بلا امره لانه تبرع ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه فانما يرجع بما ضمن حتى لو كان الدين زيوفا فادى عنها جيادا فانما يرجع بالزيوف ولو كان الدين جيادا فادى عنها زيوفا وتجوز الطالب بها فيرجع بالجياد بخلاف المامور باداء الدين فانه يرجع بما ادى فلو كان الدين جيادا فادى زيوفا فانه يرجع بالزيوف ولو كان زيوفا فادى جيادا رجع بالزيوف ايضا لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين زيوفا تحت الامر اما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها انه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فانما له عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل او تصدق به عليه فانه يملكه وللطالب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي ان لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار فهو سند والمسألة استدل من قال ان الكفالة تضم في الدين اجيب بان هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا يجوز اذا لم ياذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر واذن له في قبضه جاز استحسانا وهاهنا لما ادى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه ان يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان بقبضه الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب فصار ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه والاوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنها باداء احدهما كما هو احد القولين اذ اعتباره وكذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما اذا ابرأه لان الواجب عليه المطالبة وبالابراء يسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله وكما اذا ملك المحتال عليه الدين بالاداء الى المحتال بان احال المديون رجلا على رجل ليس عليه دين فقبل الحوالة وادى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما ادى حتى لو ادى عروضا او دراهم عن الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو ملك وكذلك لو وهب المحتال الدين للمحتال عليه او ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله كما ذكرنا في الحوالة اي حوالة الكفالة المنتهي بخلاف المامور باداء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يملك الدين بالاداء كما ذكرنا قريبا وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف المكفول بها على خمسمائة حيث يرجع بما ادى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الالف لانه اسقاط وهو ابراء عن بعض الدين فيبطل البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله كما ابرأ الكفيل يعني عن خمسمائة واخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسمائة فكذلك ها هنا اذا صالح على خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة والمعنى اذا ابرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل قوله وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه اي الكفيل لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع واذا كان كالبائع من المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل فان لوزم الكفيل بالمال فله ان يلازم المكفول عنه اذا كانت الكفالة توجب الرجوع حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه خلافا للشافعي رح في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذ الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يؤد بعد قلنا ملازمته وحبسه معه كما جاز ان يكون للدين جاز ان يكون لانه الذي ادخله في ذلك فعليه خلاصه ولانه يعامله بمثل ما عامله به قوله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل بالاجماع لان الدين عليه اي على الاصيل في الصحيح خلافا لمن ذكر ان الدين في ذمة الكفيل

قال وان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة

كذا قيل وليس منه اختلاف اخر هو ان القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل ليس الا في ذمة الاصيل قائل بان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل يشترط بقاء ضمان الاصيل ويشترط قبول الاصيل او موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رد ارتد ودين الطالب على حاله واختلف المشائخ ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا فبعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا ابرأ صح قبل او لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرنا انفا ولو كان ابراء الاصيل او هبته او التصدق عليه بعد موته فعند ابي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد برده كما لو ابرأه في حالة حياته ثم مات وهذا يخص بالابراء وان ابراء الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه اي على الكفيل المطالبة دون الدين وبقاء الدين بدونها اي بدون المطالبة على تاويل الطلب جائز فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل ببرائته وكذا اذا اخر عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد فان قيل الابراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده ويرد الاصيل حيث ان كلاهما. اجيب بان الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم و سبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد على ما ذكر في الذخيرة ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا ان الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتاخير قابل للابطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرف هذا فانما يقبل الكفيل التاخير اذا الاصيل فالمال حال على الكفيل به لحال وهذا بخلاف ما لو كفل بالمال اي بالدين الحال مؤجلا الى شهر مثلا فانه يتاجل عن الاصيل الى شهر لانه اي المكفول له لا حق له على الكفالة الا في الدين فليس له ذلك حتى يقبل التاجيل سواء فكان الاجل الذي يشترط الكفيل داخلا فيه بالضرورة فيتاجل عن الاصيل اما ههنا وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التاجيل فبخلافه لانه تقرر حكمها قبل التاجيل اعني جواز المطالبة ثم طرأ التاجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة قوله فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة ان شرطا براءتهما جميعا عن الخمسمائة او شرط براءة المطلوب برئا جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل من خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بامره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على ان يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بالالف وان لم يشترطا براءة واحد منهما بان لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهي مسألة الكتاب برئا جميعا عن خمسمائة لانه اي الكفيل اضاف الصلح الى الالف الدين وهو الذي الدين على الاصيل فيبرأ الاصيل عن خمسمائة ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل عنها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التي اداها ولا خلاف في هذا بخلاف ما لو صالح بجنس آخر مبادلة فيملكه اي الدين فيرجع بجميع الالف وعند الائمة الثلاثة يرجع بالاقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لانه انما غرم هذا القدر ولنا ان الصلح بجنس مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الربا ولا يمكن تمليكها من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن ان يجعل مؤجلة في ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى يصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل لضرورة الحاجة الى التمليك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التمليك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا فهو اسقاط لخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل وتسقط عنهما ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفل بامره ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان الواجب بالكفالة المطالبة فالبراءة منها بفسخ الكفالة فيبقى حال الطالب على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسألة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على ان

قال وإن قال الطالب للكفيل برئت إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب
لا تكون إلا بالإيفاء فيكون هذا إقرارا بالأداء فيرجع وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقرارا بالإيفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني
لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء فيثبت الأدنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه الإيفاء دون الإبراء وقيل في جميع ما ذكرناه إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه
هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف
إبراء الأصيل قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة قال وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لأنه دين كسائر
الديون وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان
مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلا واجبا

ابرأ الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بما ادى ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة **قوله** ومن قال للكفيل
ضمنت لي مالا بامر المكفول عنه قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه بجميع الدين لان لفظة الى لانتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين
هو المنتهى في هذا التركيب فلا بد ان يكون ثمة مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فافاد التركيب براءة من المال مبتدأها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين
وهذا معنى الاقرار من رب الدين بالقبض من الكفيل كانه قال دفعت الي فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بامره والحوالة
كالكفالة في هذا وههنا ثلاث مسائل احداها هذه والثانية قال ابرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب ان ياخذ الاصيل به والثالثة
برئت من المال ولم يقل الي فهذا اقرار بالقبض عند ابي يوسف كقوله برئت الي وعند محمد كقوله ابرأتك اثباتا للادنى وهو براءة الكفيل اذ في الزائد
عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الي
لقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت
الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء وابو يوسف يقول هو مثل برئت الي لانه اقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب
وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة هي الايفاء بخلاف البراءة بالابراء فانها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل
الطالب فلا يكون صحيح اضافته الى الكفيل وما قاله محمد انما يتم اذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتاخرون فيما اذا قال المدعى عليه ابرأني
المدعي من الدعوى التي يدعي علي منهم من قال هو اقرار بالمال كما لو قال ابرأني من هذا المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى
يكون بحق وباطل ولو قال للكفيل انت في حل من المال فهو كقوله ابرأتك لان لفظة الحل تستعمل في البراءة بالابراء دون البراءة بالقبض قالوا في
شرح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا واما اذا كان حاضرا يرجع عليه في البيان انه قبض او لم يقبض لان الاصل في الاجمال ان يرجع
فيه الى المجمل في البيان والمراد بالمجمل هنا ما يحتاج الى تأمل ويحتمل المجاز فانه كان بعيدا كما يحتمل قوله برئت الي معنى لاني ابرأتك لا حقيقة المجمل
يعني يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات خصوصا ان كان العرف من ذلك اللفظ مشتركا فمنهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من
يقصد الابراء **قوله** لا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط اي بالشرط المتعارف مثل ان يقول ان عجلت لي البعض او دفعت البعض فقد ابرأتك
من الكفالة اما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فيسقط السؤال القائل يشكل بما اذا قال الكفيل بالمال علي اني ان وافيت به غدا فانا
بريء من المال فوافاه به برئ من المال لان هذا شرط ملائم على انه لا ورود له لان الغرض ان فيه روايتين فهذا الفرع شاهد احداهما ويروى انه يجوز وهو الاوجه
لان المنع بمعنى التمليك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب اما الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة فكان ابراؤه اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد
من الكفيل بخلاف الاصيل لا يصح تعليقه لان فيه معنى تمليك المال وقوله وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كنفس الحد ونفس القصاص
او لا يقبل الكفيل به عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم **قوله** وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح عندنا خلافا للشافعي اعلم ان الاعيان اما مضمونة على الاصيل
او غير مضمونة فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر والمضمونة اما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن والمرهون
فانه مضمون بالدين فالكفالة بهما لا تصح اما الاول فلا تصح الكفالة بها اصلا لانها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء وقال لو ردها الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عليه التخلية
عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فيصح التكفيل بتسليمها وكذا الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا يصح الكفالة

ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا

بها على معنى انه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسقط الثمن ولو الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا فمتى هلك لا شيء على الكفيل وفائدته الزام احضار العين و تسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع او المستاجر او الرهن انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس هو ما ذكره شمس الائمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انما بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما اوردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه عندي ان لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يخلي بينها وبينه او بينها وبين عبد احضاره اليهما ونحن نعني بوجوب الرد ما هو اعم من هذا ومن تحمل المرد اليه قال في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة والمضمون بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل فيرد عين العين وان عجز وجبت قيمته او مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبدا في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي واخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب واقام المدعي البينة ان العبد عبده يقضي القاضي بقيمته على المطلوب ان شاء وعلى الكفيل لانه بالبينة ظهر ان العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب القيمة والقول قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل اعني الغاصب فان اقر الغاصب باكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن امانة في يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين الف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة ما هو مضمون في ذمة الاصيل ولو استعار الراهن الرهن من المرتهن على ان يرده فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل ايضا ولو كان الراهن اخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل واخذه لان الراهن ضامن بجنايته اذ هنا الا يرى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستاجر في كلام المصنف بالفتح في الموضعين وقد بينا انه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستاجر بعد الكفالة بتسليم لا شيء على الكفيل ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستاجر ان الاجارة تنفسخ به وخروج الاصيل من ان يكون مطالبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجرة قوله ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها اي اجره ان يحمله على هذه الدابة لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل كما الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه او على دابة يستاجرها والحمل هو المستحق وهو مقدور الكفيل فصحت كفالته به ونظيره من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا من انه عاجز عنه اذ لا يملك العبد اما لو كفل بنفس العبد المستاجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لا شيء على الكفيل وقال تاج الشريعة في الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بان الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على الموجر تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الاصيل فلا يصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض بعض الاصحاب بان الواجب ان كان ليس الا تسليم الدابة المعينة بسبب ان تحمله الذي هو فعله غير معقود عليه و انما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم اي دابة كانت اذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لانه لم يستاجر الرجل لنفسه فلا فرق فينبغي ان لا تجوز الكفالة فيه ايضا لان الحمل ايضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل انه ان كان الحمل على الدابة تسليمها

قال ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز إذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ
الإجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي
في النكاح ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال إلا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لوارثه
تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم
مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة
فصار كالأمر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه

فينبغي أن تصح الكفالة فيهما لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر مكان غير الكفيل وإن كان الحمل ينبغي أن لا تصح فيهما إلا أن الحمل
فيهما واجب على الأصيل والحق أن الواجب في الحمل على الدابة المعينة والعبد المعينة ليس مجرد تسليمهما بل المجموع من تسليمهما والإذن في
تحميلهما وهو ما ذكره في النهاية مع التركيب وما ذكرنا من الحمل عليهما في المعينة لا يقدر على الإذن في تحميلهما إذ ليست له ولاية عليها بالحمل
الذي هو معنى الحمل وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها قوله (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له
في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز إذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ) أي نسخ كفالة الأصل عن أبي يوسف (الإجازة) بل
إنه نافذ إن كان المكفول له غائبا وهو الظاهر عنه والحاصل أن عنه روايتين والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا وجه رواية النفاذ
أنه التزام فيستبد به الملتزم ولا يتعدى منه ضرر إلى المكفول له لأن حكمه لا يوجب عليه شيئا لأنه مختار في المطالبة إن شاء طالب وإن شاء لم يطالبه
وإلا لا يتوقف ما ذكره أنه يتوقف مثل ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو أن شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس حتى إذا عقد الفضولي لامرأة على آخر توقف على
الإجازة وكما إذا كان العقد اثنان بأن خاطب عنه فضولي آخر وعندهما لا يتوقف إلا أن يخاطب فضولي آخر فلا يتوقف عندهما إلا العقد التام
ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجب أحدهما وهو شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وهذا
يقتضي أنه لو تم العقد بقبول فضولي آخر توقف وقد صرح بذلك عنهما قالوا إذا قبل عنه آخر يتوقف بالإجماع وقوله في وضع المسألة لا تصح إلا
بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط أن يقبل في المجلس إن كان حاضرا فيقبله أو يقبل عنه فضولي إذا كان غائبا فيتوقف إلى الإجازة
أورد وقوله إلا في مسألة واحدة استثناء من قوله لا تصح إلا بقبول المكفول له في المجلس فإن في هذه المسألة صحت من غير قبوله في المجلس ولا قبول فضولي
عنه وهو أن يقول المريض المديون لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل عنه مع غيبة الغرماء جاز استحسانا فلعل آخره بالتثنية وذكر الاستحسان وجهين
أحدهما أن قوله تكفل عني وصية أي فيه معنى الوصية إذ لو كان حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط أن ذلك
لا يصح منه في حال الصحة وإذا كان بمعنى الوصية فكأنه إنما قال لهم اقضوا ديني فقالوا نعم أو قالوا تكفلنا بها فلذلك قال المشايخ إنما تصح إذا كان له
مال لا يؤخذ الورثة بديونه ولو كان حقيقة الكفالة لأخذوا بها حيث تكفلوا والثاني ما ذكر في المبسوط والإيضاح أن حق الغرماء تعلق بتركته في مرض موته لأنه
تصفهما بمرض الموت ولهذا امتنع تصرفه في ماله بغير رضاهم فصار خليفة عن الغرماء المكفول لهم عاملا لهم لما في ذلك من الصلاح لهم ففي فراغ ذمته وفيه نفع للطالب
المكفول له كما حضر بنفسه فإن قيل غاية الأمر أن يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبول فإن الصادر منه قوله تكفل ولو قال تكفل لي بما لي على فلان فقال
كفلت لا يتم إلا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه كالبيع إذا قال بعني بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآمر قبلت فأجاب المصنف بقوله إنما لا يشترط القبول
بعد قول الوارث كفلت لأن قوله تكفل لا يراد به المساومة وإنما يصح في البيع لذلك لأنه يراد به المساومة وههنا لا يراد به إلا التحقيق بدلالة
أن حالة الموت ظاهر في الدلالة على قصده إلى تحقيق الكفالة وتخليص نفسه لا على المساومة بها فصار الأمر هنا كالأمر بالنكاح فيما إذا قال زوجني نفسك
فقالت زوجتك انعقد وإن لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا يجري فيه المساومة وقال المريض ذلك لأجنبي فمن اختلف المشايخ منهم من قال لا يجوز لأن
الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الأجنبي والصحيح سواء ولو قال ذلك لأجنبي أو لوارثه لا يصح إلا أن يقبل الطالب ومنهم من قال
يصح من الأجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتفريغ الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو أوجه وما في المبسوط من قوله وإذا قال المريض صحيح إن لم يبين

قال وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رح وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او مال ولابي حنيفة رح انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق لوجود المستحق قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدافع وكيلا لانه تمحض امانة في يده قال وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه ملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع

ولا لصاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لورثته بان يقضوه وهذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية هذا على غير الوجه الاوجه وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا يمنع الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا كما [illegible] **قوله** واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا بان مات مفلسا فتكفل رجل للغرماء بما عليه لم يصح عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والائمة الثلاثة واكثر اهل العلم يصح لانه كفل بدين ثابت لعموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة انصاري فقال هل على صاحبكم دين قالوا نعم درهمان او ديناران فقال عليه السلام صلوا على صاحبكم فقام ابو قتادة فقال هما علي فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت لانه اي الدين وجب في حياته لحق الطالب وهو باق ولم يوجد المسقط وهو الاداء والابراء او انفساخ السبب ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك ودليل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة وانه لو تبرع به انسان جاز اخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له اخذه وانه لو كان به كفيل مرة بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل والاصيل ولابي حنيفة رح انه كفل بدين ساقط في حكم الدنيا لا مطلقا والكفالة من احكام الدنيا لانها توثق ليأخذ منه فيها لا الى الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين وذلك لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب والموصوف بالاحكام الافعال وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في احكام الدنيا ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين ولو كان بقيد للاضافة اي التبرع بالدين وهو الحق وانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والاصيل لانه التزام ما على الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته فصحت بخلاف الكفالة بعد موته فانها كفالة بعد السقوط ولو كان له مال فالافضاء الى الاداء باق فلم يسقط الدين فصحت الكفالة عن الميت الملي واما حديث ابي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل كونه على كل من انشائها والاخبار بها على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع فيحتمل الوعد بها وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه ليظهر طريق ايفائها لا بقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها او بالاقرار بالكفالة بها حصل المقصود فصلى عليه ونوقض باثبات سقوط الدين بمسائل احدها لو مات المشتري مفلسا قبل اداء الثمن لا يبطل البيع ولو هلك المبيع وسقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن في نفسه فعلم ان سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا تبطل الدين ثانيها انه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله ثم مات مفلسا ولو سقط في احكام الدنيا لم تبق الكفالة ثالثها لو كان بالدين رهن يبقى الدين عليه بعد موته مفلسا وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة بعينه لا يوجب بطلان الدين في حال الحيوة كالعبد المحجور اذا اقر بدين فكفل عنه كفيل صح وان كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت واجيب عن الاول بان الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز ان يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتقدر بقدر الضرورة وعن الثاني بان كساد الفلوس يبطل المالية في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث فلان ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن واما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتتاخر المطالبة بحق المولى كما ان الدين ثابت في ذمة المفلس الحي وان كان لا يطالب به **قوله** ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه اي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل الالف التي كفل بها قبل ان يعطيه اي قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال وذكر ضمير يعطيه على تاويل المال والمكفول به والمراد من قوله كفل عن رجل رجل وصاحب المال مفعول اول ليعطي والمفعول الثاني هو ضمير المال المتقدم في يعطيه فليس له اي ليس للرجل المكفول عنه ان يرجع فيها وهو وجه للشافعي وفي وجه آخر له يرجع وهو قول مالك واحمد

ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم

لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف و
محمد هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن
الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه
لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له

بلا إلى انه امانة عنده وان لم يقبض الاصيل ونحن نبين انه يملكه وان الامانة اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى المطلوب ولو امكن تعلق
تعلق به حقه وهذا هو الوجه الاول من الوجهين الذين ذكرهما المصنف تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا
الاحتمال كما في الزكوة المعجلة للساعي تعلق بها حق القابض على احتمال ان يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال
والوجه الثاني انه اي القابض ملكه فلا يتمكن على ما نذكره يعني ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله لانه ملكه حين قبضه
اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه الدين ولم يقبض الكفيل وثبت للمطلوب الاسترداد بما وقع للكفيل وانما حكمنا بثبوت
ملكه اذا قضى الاصيل بنفسه لان الكفيل وجب له بمجرد الكفالة على الاصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة الا انه اي لكن اخرت مطالبة
الكفيل الى ادائه فنزل الكفيل على الاصيل منزلة الدين المؤجل ولو عجل المديون الدين المؤجل يملكه الدائن بقبضه وكذا هذا اذا دفعه اليه والدليل ان الكفيل
حق المطالبة متأخرا انه لو ابرأ الكفيل الاصيل قبل ادائه صح حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا ادى وجاز اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به قبل ادائه فكذا
اذا قبضه يملكه يعني اذا كان بحيث يصح الابراء منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الربح له الا انه لكن استحقاقه منقطع فيه نوع خبث على قول ابي حنيفة
نبينه عن قريب فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وهو الالف التي قضاه اياها لان الدراهم لا تتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل احكام قوله ولو
كانت الكفالة بكر حنطة فدفعه الاصيل الى الكفيل والباقي بحاله فالربح له اي للكفيل لما بينا انه ملكه اي ملك الكر وما بيعه اي ثمن بيعه وانه ملك الخبيث قال واحب
الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير استحسان حتى قال لابي حنيفة نقوله وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع اي المصنف
انما ذكره تمهيدا لنصب الخلاف فذكر قولهما حيث لم يصح بناء على تحاله وقالا هو له لا يرده عليه وهو رواية اخرى عن ابي حنيفة وهو رواية كتاب البيوع
من الاصل وعنه اي عن ابي حنيفة رواية ثالثة انه يتصدق به وهي رواية كتاب الكفالة منه لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه في ثبوت الملك من
انه وجب له على الاصيل الخ فيسلم له ولابي حنيفة انه تمكن الخبث مع الملك اما لقصور ملكه بسبب ان الاصيل بسبيل من الاسترداد بان يقضيه هو الطالب
فينتقض ملك الكفيل فيما قبض او لانه انما رضي به اي بملك الكفالة فيه على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به والوجه ان يعطف بالواو فانهما
وجهان لا ان الوجه احدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت ملك الحقيقة وعدم رضى الاصيل بملك الكفيل واذا دل على ذلك فتعدد
وهو متحقق وهذا الخبث يعمل فيما يتعين وهو الكر لا فيما لا يتعين كالالف مثلا فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية اخرى وهي الاصح لان
الخبث لحق الاصيل لا لحق الشرع فيرده اليه ليصل الى حقه ولان الحق له وهذا يفيد انه يطيب له فقيرا كان او غنيا وفيه روايتان والاوجه طيبه له
ان كان غنيا لما ذكرنا من ان الحق له الا انه استحباب لا جبر لان الملك للكفيل واعلم انه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال اولا احب الي
ان يرده ولا يجب في الحكم اي في القضاء وثانيا لانه استحباب لا جبر يعني لا يجبره الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون
المعنى لا يجبره القاضي ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي
عليه فجاز ان يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام في وجه قول ابي حنيفة ربح وهو الاستحسان
قال ووجه الاستحسان ان ما قبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال
قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل بأداء الاصيل ولكن تنتهي كما لو ادى الكفيل بنفسه كان المقبوض

قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة عليه لأنه العاقد

ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه ولو كان فاسدا من كل وجه بأن اشترى مكيلا أو موزونا ملكا فاسدا وربح يجب التصدق بالربح أو الرد على المالك لأن الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب إذا آجر المغصوب ثم رده فإن الأجر له يتصدق به أو يرده على المغصوب منه فكذا في الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده فإذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق أو الرد على الأصيل عملا بالشبهين بقدر الإمكان ظاهر قوله في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصدق به تخيره أنه يجب الرد هذا إذا أعطاه على وجه القضاء أي أعطاه المكفول عنه الكفيل على وجه قضائه دينه فلو أعطاه على وجه الرسالة إلى الطالب فتصرف فيه وربح صار محمد مع أبي حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبي يوسف لما عرف في من غصب من إنسان وربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لأنه استفاده من أصل خبيث وقال أبو يوسف لا يتصدق لأنه لا يجد من الإخراج بالضمان

قوله ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره أي فأمر الكفيل الأصيل أن يتعين عليه حريرا أي أن يشتري له حريرا بطريق العينة وهو أن يشتري له حريرا بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل وإنما وسطا الثاني تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن أما التفسير بأن يستقرض فيأبى القرض إلا أن يبيعه عينا تساوي عشرة مثلا من السوق باثني عشر مثلا فيربح البائع ورهبة عن القرض المندوب إلى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا إذ ليس المراد من قوله تعين علي حريرا اذهب فاستقرض فإن لم يقرضوك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له في الحرير والزيادة يخسر عليه لأن هذه العبارة حاصلها ضمان التي لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله علي كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلي فضمان الخسران باطل لأن الضمان لا يكون إلا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد لو قال بائع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلي أو قال للمشتري إن أبق عبدك هذا فعلي لم يصح وقيل هو توكيل فاسد أو معنى علي تصرف على الثمن فإنه لو قال الثمن علي يكون المبيع له فالمعنى من قوله لي فهو توكيل لكن فاسد لأنه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا يصح التوكيل كما لو قال اشتر لي حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا أن الثمن معلوم منها وهو قدر ما يقع به الإيفاء لكان الحاصل اشتر لي حريرا يكون ثمنه الذي تبيعه في السوق قدر الدين الذي علي وهو لا يبين قدره من الحرير إلى الموكل لشراء بل ما يباع به بعد شرائه لأن الزائد على القدر الذي يقع به الإيفاء غير معلوم وكيفما كان ذكرناه فاسدا أو ضمانا باطلا لا يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة التي يخسرها عليه لأنه العاقد ومن صور العينة أن يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيع ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر يأخذ الخمسة عشر القرض التي دفعها منه فلم يخرج منه إلا العشرة وثبت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بالعين من المستقرض إلى أجل ثم يبيعه متوسط المشتري بنقد بأقل ماله يقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بالنقد ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه وهو ألف ومائة فيدفعها إلى المستقرض فيأخذ منه الغير عند الحلول

قالوا وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم أراد باتباع أذناب البقر الحرث للزراعة لأنهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لأنه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغذة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم أي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفي رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل إياكم والعينة ثم ذم البياعات كلها إلا أن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة ببلخ العينة التي جاءت

قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء ولم يوجد فيه فالدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره قلنا لما صار مكذبا شرعا بطل ما في زعمه

الحديث اخيرا من بلى بما ذكر فهو صحيح لكثير من البياعات كالاستيداد والسلم ثم الشراء بغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها عشرة فتم استعادة نقدا العين على الطرفين وبعضهم البيع فاسدا ولا شك ان البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فاين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي في قلبي ان ما يخرجه الدافع ان فعلت صورة يعود اليه فيها كما اذا خرجه كعود الثوب اليه او الحرير في الصورة الاولى وكعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر فلا كراهة الا خلاف الاولى على بعض الاحتمالات كان يحتاج المديون فيأبى المسؤول ان يقرض بل ان يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى اجل فيشتري المديون ويبيعه في السوق بعشرة حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب فان تركه بمجرد رغبته عنه الى زيادة الدنيا فمكروه او لعارض يعذر به فلا وهذا يعرف ذلك في خصوصيات المراد وما لم يرجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والا فكل بيع بيع العينة **قوله** ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام رجل بينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لا تقبل القاضي البينة ولا يقضي بها لانه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال يقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقوله تعالى الحمد لله الذي هدانا لهذا الا انه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والدعوى مطلق عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من انعقدت بكونه كفيلا عن الغائب بل على اجنبي اذ لا ينتصب خصما وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى اعني لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرر ووجب وهو بالقضاء بعد الكفالة حتى لو ادعى انه قدم الغائب الى قاض كذا وقامت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى له عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال المقضي وصار خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بامره او بغير امره الا انه اذا كان بغير امره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن ثمن ما باعه او ما اقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل بكذا وانه باعه او اقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب

لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما **قوله** ومن اقام وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله اذا كفل عن رجل بمال موجل بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فاقام عليه البينة ان له على فلان كذا فان القاضي يقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير امره لم يكن الكفيل خصما عن الغائب يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وهذا نص قولهما بالذكر لانه لم يحفظ من ابي حنيفة فيه شيء قبلت هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها لان المكفول به هنا مال مطلق ودعوى المدعي مطلقة ايضا فصحت فقبلت لان المكفول به هناك مال مقيد بكونه وجب بعد الكفالة وان كان مقيدا بالخصوص كيفية ولم يطابقها بالامر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما في الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامته اذا لم يكن بامره فلا يرجع لانهما اي الكفالة بالامر وبغير الامر متغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء لا يقضى له بالآخر وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع المكفول عنه وامره يتضمن اقرار الاصيل بالمال اذ لا يامر غيره

قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع **قال** ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

الكفالة بغير امره فانها لا تمس جانبه اي جانب الاصيل لان صحة الكفالة بلا امر المكفول له انما يعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل اذ زعمه لا يلزم غيره ثم في الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر حيث ثبت الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره وهو الاصيل ونحن نقول قد صار الكفيل في انكار الدين على الاصيل مكذبا شرعا بقيام البينة فجاز فبطل زعمه فثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا او اعترف بانه ملك البائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفا بان البائع ظلم المستحق عليه قال محمد فيمن اشترى عبدا وباعه فرد عليه بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرده على بائعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة اجيب بانه انما لا يرده لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسألة على اربعة اوجه فقال اما ان تكون الكفالة مطلقة نحو ان يقول كفلت بمالك على فلان او مقيدة نحو ان يقول كفلت لك عن فلان بالف درهم وكل وجه على وجهين اما ان تكون الكفالة بامر المكفول عنه او بغير امره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بامره او بغير امره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حقه على الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا ان القول قول الكفيل اذ ليس للطالب على الاصيل شيء واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا فالمذهب عندنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الكفيل والغائب اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والاصيل ثم يبرئ الكفيل مسائل القضاء على الغائب كذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا وان كانت مقيدة فان كانت بامر المكفول عنه كان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل وان كان بغير امره لا يكون القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل ثم في فصل المطلقة والمقيدة للكفيل الرجوع على الاصيل ان كانت بامره وليس له الرجوع ان كانت بغير امره لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب بكون الحاضر خصما عن الغائب كمن قذف رجلا فادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام المقذوف عليه بينة انه كان عبدا لفلان وانه اعتقه قبل القذف يعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل اليه الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين انا ضامن لذلك ان اعتقه فاعتقه ثم اقام صاحب الدين بينة ان مولاه اعتقه بعد كفالة الكفيل وان كان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب لا يجوز وهذا كله استحسان استحسنه علماؤنا صيانة للحقوق **قوله** ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم وقد بينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم اي تصديق من الكفيل ان المبيع ملك البائع فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صحت رجع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد فالكفالة ان كانت مشروطة في البيع بان باع بشرط ان يكفل له فتمام البيع بالقبول اي بقبول الكفيل ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به وهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفيعا وان لم يكن اي عقد الكفالة مشروطا فيه فالمراد به احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكينا للقلب فنزل عقد الكفالة منزلة الاقرار بالملك للبائع واذا كان كذلك فلا يصح دعواه اياه وصار بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان ما كتبوا على الصك في الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه او بيعا باتا نافذا ثم كتب شهد بذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يفيد ذلك مثل ان يكتب في الصك باع فلان بن فلان من فلان جميع الدار او اقر بالبيع بحضرتي والمشتري ثم كتب شهدت بذلك او كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها فلعله

فصل في الضمان **قال** ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل **قال** ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه

كتب الشهادة ويحفظها الحاكم ليسعى بعد ذلك في تفتيش البينة وقوله وختم هو امر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كيلا يطرقه التبديل وليس هذا في زماننا

فصل في الضمان الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان اوردها مترجمة بذلك قوله ومن باع لرجل ثوبا اللام في لرجل لام الملك اي باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه وضمن الوكيل له اي للرجل المالك الثمن او مضارب ضمن ثمن المتاع لرب المال فالضمان باطل لان الكفالة وهي الضمان التزام المطالبة والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب فيصير كل منهما ضامنا لنفسه فيصير مطالبا ومطالبا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه دين بر ولو حلف ما للوكيل (فيكون) عليه شيء حنث بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير محض لا ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة فلا يصير مضمونا عليهما والا يصح الضمان لكان تغييرا لحكم الشرع وصار كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك اي لا يصح الضمان ايضا فيما اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة بان ضمن نصف الثمن مطلقا يصير ضامنا لنفسه لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستوفى من نصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء او يبقى الجزء الذي لا يتجزى فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانها افراز ولا يمكن الا في خارجي والدين وصف اعتباري وعليه اعتبار التناسب ونقل الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز كما انه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه لعل الوجه الذي صح هذا لكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد ان اورد هذا لكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قرره من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مرددا بين كون الضمان بنصف شائع او بنصف شريكه وبطل الاول بما ذكر للناظر ان يختار الثاني ويدفع لزوم الباطل بما ذكرنا الا ان يفرق بين شراء الحصة وبين ضمانها او يخص البطلان بما اذا اريد ضمان النصف شائعا ويحكم بانه المراد وقوله بخلاف ما اذا باعا صفقتين يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين باع هذا نصيبه على حدة وهذا كذلك من المشتري ثم ضمن احدهما للآخر نصيبه او باعا معا وسميا لكل نصيب ثمنا ثم ضمن صح الضمان لانه لا شركة بينهما بحكم الشرع في ذلك وكذلك لو قبل المشتري نصيب احدهما فيما اذا باعا معا دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصة احدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا اي الثاني محمول على ما اذا اعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند ابي حنيفة والا فهو على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع قال الامام قاضي خان ولو تبرع يعني الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مستوفيا حصته فلا مشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع اسهل جوازا من الكفالة الا ترى انه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا تجوز الكفالة به قوله ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل هو تمليك طائفة من ماله مقدر لا دين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال اتلفه

ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه

اقترضه او مبيع عقد بيعه او منفعة عقد عليها او بضع امرأته وهو المهر او استجار عين والزكوة فليس كذلك بل ايجاب اخراج المال ابتداء بدلا من مال نفسه فليس بدين حقيقة ولو وجبت في نصاب مستهلك وانما لها شبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الدين عن جزية الدين حفظه فكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بها اذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب في الذمة واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك للعامة واجرة الحارس للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير والموظف لتجهيز الجيش في حق فداء الاسارى اذا لم يكن في بيت المال شيء وغيرها مما هو بحق فالكفالة به جائزة بالاتفاق لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال او لزمه ولا شيء فيه وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم او شهر او ثلاثة اشهر فانها ظلم فاختلف المشائخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق او باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو ماجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها هنا ومن قال في المطالبة يمكن ان يقول بصحتها ويمكن منعها بناء على انها في المطالبة بالدين او مطلقا وممن يميل الى الصحة الامام البزدوي يريد فخر الاسلام اما اخوه صدر الاسلام فابى صحة الكفالة بها واما القسمة فقيل هي النوائب بعينها او حصة منها اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية قسم بلا واو لان القسمة في القرآن بمعنى المقسوم قال تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اولانه مصدر بمعنى المقسوم لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية باو وقيل النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب فتغاير الحكم يعني في القسمين باعتبار الصحة في احدهما والخلاف في الاخرى ثم من اصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوي اهل محلته في اعطاء النائبة قال شمس الائمة هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الحاجة والجهاد اما في زماننا فاكثر النوائب تؤخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان اراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير عن الظلم وينال المعطي الثواب وقوله الحكم ما بيناه يعني ما ذكره في ان الكفالة فيما كان بحق جائزة وبغير حق فيها خلاف قوله ومن قال لآخر المراد الفرق بين المسئلتين احدهما من اقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وانكر الاجل القول للمقر له ولو اقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وانكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث الحق الاول بالثاني فجعل القول في المسئلتين للمقر ولابي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث الحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في اكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف قلبه سهو من الكاتب وجه قول الشافعي ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع الاعتراف بحنطة ردية او جيدة ولا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل وجه ابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو اقر بالكفالة على انه بالخيار وانكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب ان المقر بالدين اقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذ الظاهر ان الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض او اتلاف او بيع ونحوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا بالبدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل عروضا بالعارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تاخيرها والآخر ينكره وفي الكفالة ما اقر بالدين على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة متنوع الى التزامها في الحال او في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانما اقر بنوع منها فلا يلزم

قال ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض
البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها
لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه
اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم
وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في
ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع لا محالة ولا قدرة له عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فيصح

بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على انه بالخيار فانها ضعيفة لقلة وجودها فنزلت منزلة العدم وهذا اخلص من اولهما لانه مؤجل في الواقع فان اعترف به
مؤجلا لا يصدق وان انكر يكون كاذبا او خاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة ان يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه
مؤجل ام معجل فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال معجل ينكره وهو صادق وفي العيون من عليه دين مؤجل اذا حلف ما له اليوم قبلي شيء ارجو ان لا يكون اثما
اذا كان لا يقصد به اتواء حقه قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعني لم يأخذ المشتري الكفيل
حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق او القضاء به بالمبيع لا ينتقض البيع اي لا ينفسخ على ظاهر الرواية واحترز بظاهر الرواية عن رواية
الامالي عن ابي يوسف انه يأخذ الكفيل قبل ان يقضى على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وجه ظاهر الرواية
ما ذكر من ان بمجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البائع
بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري
الثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضي بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل بعدم
المحلية للبيع فيكون استحقاقا مبطلا للملك راسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك ... واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت لما
ان هذا الاحتمال يبقي الملك بخلاف ما اذا قضي على البائع برد الثمن ... في فصول الاستروشني انه للمستحق ان يجيز بعد قضاء القاضي قبل ان يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا والاستحقاق المبطل كدعوى النسب ودعوى المرأة الحرية الاصلية ودعوى الوقف براءت
المشتراة او انها كانت مسجدا ويشارك الاستحقاق الناقل في ان كل منهما يجعل المستحق عليه من يملك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو اقام بعضهم
البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل منه ويختلفان في ان كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على لا تقبل
المكفول عنه وفي المبطل يثبت لكل منهم الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل وان لم يقض على المكفول عنه وايضاحه من مسائل الاستحقاق ...
اي الاستحقاق اوائل الزيادات في ترتيب الاصل يريد ترتيب محمد فانه بدأ بباب المأذون واحترز بالاصل عن ترتيبها الكائن الآن فانه ترتيب ابي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد
بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد بالزيادات لان اصول ابوابها من املاء ابي يوسف وكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام ابي يوسف اصلا ثم يزيد عليه تفريعا
قوله ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة لان هذه اللفظة مشتبهة المراد فانها تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقال الشيخ ابو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري
... في بلاده يقال نخاس منه وهو مكتوب شراء الجواري ويقع على نفس العقد لان العهدة كالعقدة من العقد والعهد والعقد واحد ويقع على حقوق العقد
لانها ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد بيناه واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان بخلاف ضمان الدرك
فانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا فلا تعذر وذكر بعض المشائخ ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع بتسليمه
وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم قيمته ان لم يقدر عليه وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند
ابي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما فيصح الكلام فيثبت الاختلاف ثم انه ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمان العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية
وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشرط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان تخليصه
ان قدر عليه ... لانه يقتضي الضمان تخليص المبيع وعلم من هذا ان الاختلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا واما اذا قال خلاص المبيع او رد الثمن ...

باب كفالة الرجلين

وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبدا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبما عليه بحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فله أن يرجع عليه لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

باب كفالة الرجلين لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقيبه **قوله** وإذا كان الدين على اثنين بأن اشتريا عبدا بألف أو استقرضا ألفا وكفل كل منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد لوجهين أحدهما أن كلا منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وما عليه بحق الكفالة لقوة الأول وضعف الثاني لأن الأول دين عليه والثاني مطالبة بلا دين ثم هو تابع فوجب صرف المؤدى إلى الأقوى تقديما للأقوى على الأضعف على ما هو مقتضى العادة ولا يقال هذا ينبني على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة ليكون المؤدى منهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن ... عن الأئمة الثلاثة لهذا إلا أن ... أو ينظر إلى أحدهما لأنا نقول الحكم عند ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فإن الدين الثابت عليه بطريق الكفالة أضعف من الكائن عليه بطريق الأصالة ألا يرى أن المريض إذا اشترى في مرض موته شيئا كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث ... اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز ... بصرف نيته فقلنا التعيين في الجنس الواحد لغو ... حتى لو كان نصف الدين عن قرض ونصفه عن ثمن مبيع وعين صح وفي الجنسين تعتبر تعيينه لأنه مفيد فيهما ولا يرد ... وقع في النصف عن الكفالة كان له أن يرجع عليه فلصاحبه أن يرجع بعين ما رجع به المؤدى لأن أداء نائبه يعني كفيله بأمره كأدائه بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا نائبه لكن إذا جعله كله عن صاحبه فلذلك يرجع بجميع ما رجع به صاحبه وإلا لم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجع به صاحبه بأن أدى الأول مائتين يرجع بنصفها لأنه في إحدى المائتين أصيل فإذا رجع به على صاحبه لم يفد صاحبه أن يرجع بكليتهما إلا إذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة وإلا لم يرجع إلا بنصفها لأنه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون إلى ما عليه أصالة وخمسون إلى ما عليه كفالة وإنما يرجع بما عن الكفالة فيؤدي إلى الدور وما يؤدي إليه ممتنع فيمتنع ... فلم يقع عن صاحبه وإلا تغير حكم الشرع إذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع الدور واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في حال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذ منه فإذا رجع الآخر استعاده أو أعطاه غيره وكذا إلى الأول فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدي إليه والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن ... شرعا اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه وحسبه عن المؤدى لأن اعتباره باطل يؤدي إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدي بمثل ما أدى إلى الطالب ... ما انقطع به من الشرع أن المؤدي هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سببا لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل ما أخذه هذا مجازفة عظيمة **قوله** وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة من غير نظر إلى اتحاد الدين ولا تجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل لأنه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به كما يصح من الأصيل التزام المطالبة بما عليه وكما تصح الحوالة من المحتال عليه بالمال بما أحيل عليه على آخر فإذا عرفت هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة بخلاف ما تقدم وإذا لم يرجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي إلى الدور لأن قضية هذا الاشتراك الاستواء في العلة وهي الكفالة وقد حصل برجوع أحدهما وهو المؤدي بنصف ما أدى فينتقض برجوع غير المؤدي بما يوجب بخلاف ما تقدم لا استواء فيه في العلة فإن أحدهما

ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره **قال** وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به **قال** وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في كتاب الشركة ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قال** وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة **قال** ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه بأمره وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه والله أعلم

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه

علته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو موجبهما فلهذا لا يرجع إلا بما أدى على النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الأول في المسألة الأولى ولو كان الوجه الثاني صحيحا لم يقع الفرق باعتباره لأن مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أدى عنه المؤدي واعتباره عن المؤدي وهذا ممكن ههنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع به علي بسبب أنك أديته عني هو كأدائي بنفسي فكأني أنا الذي أديته وهو بسببه عنك فأنا أرجع عليك به فلا تمكنني للطالب هذا فلا يقع الفرق إلا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الأول **قوله** ثم يرجعان يعني الكفيلين المتكافلين على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وإن شاء رجع الكفيل المؤدي بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره ثم أداه وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله **قوله** وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في كتاب الشركة من أن شركة المفاوضة تنعقد على الوكالة لكل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر إلا ما استثنى ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين المذكورين حيث واحد واحد المؤدي **قوله** وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال مثلا كاتبتكما على ألف إلى عام وكل واحد منكما كفيل عن صاحبه وكل شيء أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه ووجهه أن هذا العقد وهو عقد الكفالة جائز استحسانا خلافا للأئمة الثلاثة كما لو كانت الكفالة بكتابة واحد فقط فإنها كفالة ببدل الكتابة وهي باطلة بالإجماع لأن كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان أنه يمكن أن يعتبر له وجه صحيح فيجعل عليه كل المال أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما منقسم عليهما بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما لأن عتق كل منهما معلق بما يلي عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما نحن ذلك الاعتبار أمكن والحقيقة هي المعتبرة حتى أن ما أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما ولو لم يؤديا شيئا حتى أن المولى أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى عتقه ولم تبق وسيلة لحصول عتقه بطريق آخر فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان والحامل عليه تشويق الشارع إلى العتق فإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فوجب أن يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة وأورد عليه أنه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبدل الكتابة وهو لا يجوز وأجيب بأن هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كما في شهود النكاح فإن أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى وإن أخذ به الآخر لم يرجع على الذي عتق بشيء لأنه بما أدى عن نفسه

الكفالة

باب كفالة العبد وعنه أخره لتعلقه بالرق **قوله** ومن ضمن عن عبد مالا موصوفا بكونه لا يجب على العبد حتى يعتق كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور فإنه لا يجب عليه إلا بعد عتقه وكذا إذا تزوج شيئا فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معاينا معلوما فإنه يؤخذ به في الحال فإذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه إلا بعد الحرية من غير أن يشترط في الكفالة تأجيلا وهذا هو المراد بقوله لم يذكر حالا ولا غيره لزم الكفيل حالا لأن المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة وعدم الأجل كيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا وإنما لا يطالب به لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض

ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل كما إذا كان المكفول به حرا **قال** فإن ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته لأن على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف الأول **قال** وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه

متعلقة به أي تعلق الدين بكفيله والكفيل غير معسر فالمانع الذي تحقق في الأصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضي وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال فصار كما لو كفل عن مفلس أو غائب يلزمه في الحال مع أن الأصيل لا يلزمه وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين إلى العتق وهو العسرة وعدم رضى المولى فإنه لو تم لزم تأخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضى المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف العبد على المولى في حقه بالغيرة أعني تصرف المحجور والبائع للعبد ولم يرض بإيداع المودع عند عبده ولا بتمكين المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى إذا كان بكيده بخلاف الاستهلاك المعاين فإنه ليس فيه إلا ما ينفذ في حقه دفعا للضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه إن كان له كسب وإلا تباع رقبته فيه إلا أن يفديه المولى هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك بالمال الذي لا يجب حتى يعتق بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي أن يرجع قبل العتق إذا أدى لأنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد والذي عندي كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع في الحقيقة عليه **قوله** ومن ادعى على عبد مالا وكفل رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا أو عبدا وإنما ذكرها في العبد ليرتب عليها مسألة دعوى الرقبة وهي قوله فلو كان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لأن على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل وهو كالوكيل بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه فإن عجز فبقيمته فحاصله أنه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف ما لو كفل بالمال الذي على العبد فمات حيث يبرأ لأن المكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فمات الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن الميت المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه **قوله** وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأدى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى بعدما عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر بشيء ونقل عن زفر في شرح الجامع أنه يرجع قال المصنف ومعنى الوجه الأول يعني ضمان العبد عن سيده أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده وهذا لأن الأصل أن كفالة العبد لا تصح مطلقا لأن الكفالة إنما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير أن إذن السيد به فك الحجر فيصح حتى تباع رقبته في دين الكفالة إذا كفل لغير السيد بإذن السيد فإذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يملك أمره إياه بالكفالة بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين فإن لمولاه الحق في ماليته فيعمل إذنه له في أن يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية ومعنى المسألة أن يكون عليه دين وليست صحيحة لما بينا وأما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين أو لا فإن قيل دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضى في ماليته وهي ملك المولى فأي فائدة في هذه الكفالة أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين بالاستيفاء من جميع أمواله بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه شيء إلا أن يسلمه ليباع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين وبالكفالة يصلون لزفر أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو كونه عبده ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر فقد زال بالعتق فإن الأداء إنما بعده فيجب الرجوع ولنا أنها وقعت من كل منهما غير موجبة للرجوع بما قلنا إن واحدا منهما لا يستوجب دينا على الآخر فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه فأدى الكفيل لا يرجع لأن معنى الأمر وإن تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لأن الأصل إنما يقع لازما لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد

ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثبات
على هذا الوجه في ذمة الكفيل لاثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمة الله عليه لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

لا يستوجب على الآخر دينا الا ان يكون العبد مديونا فح يثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لانها تقع لازمة فقد طولب بالفرق بين هذا وبين الرهن اذا اعتق العبد الرهن وهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا مع انهما اذ ذاك فيجاب ان يرجع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبدا فيه قوله ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة حر تكفل به او عبد وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب لانه اي عقد الكتابة ثبت مع المنافي وهو بقاء الملك للسيد في المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده فانما ثبت على خلاف القياس للنص لتحقيق العتق للتشوف المشار اليه فيقتصر عليه فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط هذا الدين ولا يمكن اثباته اي اثبات هذا الدين على هذا الوجه على الكفيل وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه واثباته مطلقا في ذمة الكفيل عن هذا الوصف ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولو اثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى تمكنه من اسقاطه على الاصيل لم يتحد الدين عليهما وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده للعتاق الا ولى لان له احكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج اكثر من ثنتين ونصيف حده وقسمها دون العاقلة الجانية اذا القيد على ان يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حر مديون عندهما واما الكفالة للمكاتب بدين له على آخر ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة واما العبد التاجر اذا اذن مولاه دينا وان كان عليه دين صحت الكفالة لان كسبه حق الغرماء الا ان المولى امكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة به والكفالة بالنفس قبل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا يصح وان كان صحت

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثيق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما علم بخلاف الكفالة فانها لا تتضمنها فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فاخر الحوالة عنها واليه اثر الكفالة اقرب الى الاصيل وهو عدم السقوط بعد الثبوت واثر الحوالة ابعد منه . الحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال احلت زيدا بماله على عمرو فاحتال اي قبل فانا محيل وزيد محال ويقال المحتال والمال محال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فيتعدد الاصل في محتال الواقع اسم فاعل محتول بكسر الواو وفي الواقع مفعولا محتول بالفتح كما تقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها في مختار المفعول واما صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبعملها عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشئ من محل الى محل ويقال للمحتال حويل ايضا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحال به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وانما اختلف المشائخ في ان الدين ايضا ينتقل اولا كما سنذكره من قريب

قال وهي جائزة بالديون قال عليه السلام من أحيل على ملي فليتبع ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وإنما اختصت بالديون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين **قال** وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه أما المحتال فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره **قال** وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول

فلو أريد التعريف على قول القائلين بنقل الدين أو قول النافين بل نقل المطالبة فقط **قوله** وهي جائزة بالديون قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على ملي فليتبع متفق عليه وأما لفظ أحيل مع لفظ فليتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الأوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن أحيل على ملي فليتبع ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملي فليحتل قيل وتقديره فإذا أحيل بالفاء فيفيد أن الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطل الغني ظلما فإذا أحيل على ملي فليتبع لأنه ملي لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد الوجوب والحق الظاهر أنه أمر إباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة فإن بعض الأملياء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما يكثر به الخصومة والمضارة فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معنيين مجازيين بلفظ الأمر في إطلاق واحد فإن جعل للأقرب أضمر معه القيد والأوجه دليل الجواز للإجماع على جوازها دفعا للحاجة وإنما خصت بالدين لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الأعيان بل المتحقق فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين **قوله** وتصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه أما المحتال فلأن الدين حقه وهو أي الدين هو الذي ينتقل بها أي بالحوالة والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل فلا بد من رضاه والإلزام بعضهم بإلزامه اتباع من لا يوفيه وأما المحتال عليه فلأنه الذي يلزمه الدين ولا لزوم إلا بالتزامه ولو كان مديونا للمحيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو أي المحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال وآجلا بعدم الرجوع عليه لأنه لا يرجع إلا بأمره وحيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره ولعل في الأصل المذكور في القدوري مما إذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فإن قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون إسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه أعني نفس المحتال عليه ولا تصح إلا برضاه وكذا في الخبازية واشتراط رضى المحيل قول الأئمة الثلاثة قالوا لأن للمحيل إيفاء ما عليه من أي جهة شاء فلا تتعين عليه بعض الجهات ونقل ابن قدامة أن رضى المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها علي فرضي الطالب وأجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك ويتبين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فيتوقف على إجازته إذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو أحال على غائب فبلغه فأجاز صحت **قوله** وإذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين هذا قول طائفة من المشايخ وهو الصحيح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ إلا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة أيضا فالنظر في خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم ننظر في خلاف زفر فالقائلون أن المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضي ذلك منها

وقال زفر رحمه الله عليه لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملأ والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

ان المحتال اذا ابرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك ومنها ان المحيل اذا نقد المحتال مال بعد الحوالة يجبر على القبول فلو انتقل اصل الدين بالحوالة كان متبرعا بمال المحتال فلا يجبر على قبوله كغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل اجنبيا منه وتوكيل الاجنبي بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا ابرأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل ولو كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما في الكفيل ان لم يكن للمحيل عليه دين والا التقيا قصاصا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الابراء والهبة في حقه سواء فلا يرجع والشافعي لما ذهب الى ان الحوالة تنقل الدين فاستدل بان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابرأه من الدين بعد الحوالة لا يصح ابراؤه وهبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فعند ابي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسئلتين احدهما ان الراهن اذا احال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند ابي يوسف كما لو ابرأه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن والثانية اذا ابرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند ابي يوسف لانه برئ بالحوالة وعند محمد يصح فيبرأ المحيل لان اصل الدين باق في ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد انكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد نص ينقل المطالبة دون الدين بل ذكر احكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل كذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذ الحوالة مبنية عن النقل وقد اضيف الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى الا ترى انه اذا مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة في بعضها نعم يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار في كل مكان ليحتجب المصر عن بعضها في خلافية زفر هذه اذا عرف المذهب جئنا الى خلاف زفر والاعتبار بالكفالة بجامع ان كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيهما الدين والاشتمال بل اشتراك ولان عدم الانتقال ادخل في معنى التوثق اذ لعسير له كنته ان يطالب كلا منهما فكذا هذا ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس فوجب نقل الدين والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم لغة لانها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة لان الاحكام يعني العقود الشرعية اسماؤها باسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها باسمائها قوله عقد توثق والتوثق ان يطالب كل منهما قلنا بل التوثق لم ينحصر في ذلك بل يصدق باختيار الاملى والاسر في القضاء فكفى به في تحقيق معنى التوثق في مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق وهذا الدليل ينتهض على زفر فانه قال يبقى الدين والمطالبة على الاصيل اما الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه

قال ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه وقال الشافعي رحمة الله عليه لا يرجع وإن توي لأن البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود إلا بسبب جديد ولنا أنها مقيدة بسلامة حقه له إذ هو المقصود أو تنفسخ الحوالة لفواته لأنه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع

إذا كانت الحوالة مبنية على النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا أن اعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلتم لكن تحقيق التوثق يحصل باختيار الأملى إلى آخره غير متوقف على كل ما يحصل به التوثق وقوله وإنما يجبر إلى آخره جواب نقض من قبل زفر وهو ما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل إذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لأنه متبرع بشيء من ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا وإنما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل إليه بعينه ممكنا بتوى قد يتوقع فأما إن كان فلا لأنه على ذلك التقدير دافع عن نفسه مطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل أصلا بأنها إذا وقعت بغير إذن المحيل وأجيب بأن معنى النقل تحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى إذ ذاك على المحيل شيء إلا أنه قد يقال لو صح هذا لصح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لأنه إذا أدى الكفيل عنه لم يبق عليه شيء والحق أن أصل الجواب ساقط فإن انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحتال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاء من الوجود بالكلية وليس هذا النقل بل نقله تحوله عن محل هو ذمة المحال عليه وعندي أن الجواب هو أن الحوالة بغير إذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لأن حقيقة الحوالة إن كان فعل المحيل وهو الإحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لانتفاء الفعل منه والنقل إنما هو في حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه حمالة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون شطره الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة إلا باستعقاب تمام حكمها وهذا ما وعدناه قوله ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وإن توي بموت أو إفلاس أو غيره وهو قول أحمد والليث وأبي عبيد وعن أحمد إذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وهو قول مالك لأن الإفلاس عيب في المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولأن المحيل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به ولأن البراءة الحاصلة بالانتقال حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روي عن ابن المسيب أنه كان له على علي دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال أبعدك الله فمنع رجوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة بشرط السلامة وإن كانت مطلقة وهذا التقييد يثبت بدلالة الحال وهو أن المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لأن الذمم باعتبار هذا القدر متساوية وإنما تتفاوت في إحسان القضاء وعدمه فالمقصود التوصل إلى الاستيفاء من المحل الثاني على وجه أحسن وإلا لم يتحول عن الأول فصارت السلامة من المحل الثاني

قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان المال غاد ورائح

كالمشتري وطعادني العقد الاول فاذا الكفيل شرط له وحقه على الاصيل وصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فان لم يسلم يعود دينه وما روي عن عثمان رضي الله عنه مرفوعا وموقوفا في المحتال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل كما كان وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توي المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح مثل ذلك وهذا ان الحديثان ان ثبتا فان كانا صحيحين او لم يثبتا فقد يكفانا ثم اختلفت عبارتهم في كيفية العود فقيل تفسخ الحوالة اي يفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا قيل ينفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس ينفسخ ويعود الدين وفي الجحود يفسخ ويعاد في طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا انه سقطت المطالبة بالاعسار ولهذا لو ظهر لاحدهما مال أخذ وكما في الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة ثم لا تدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه وقالوا ان الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لادى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولولا انه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض ولا يجوز للمحتال ان يشتري شيئا من غيره المحتال عليه كما يجوز ان يشتري من المحتال عليه وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار دينا بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض واما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض يجاز ان يفترقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا احال بهما فلو افترقا من غير قبض فسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد واما كون المحتال لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو ان المحال آخر الحول سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على المحيل بين المحال وبين الغرماء بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به حق المحال وبهذا لا يصير المحال اخص به ما لم تثبت له يد بدليل ان العبد المأذون اذا كان له عليه دين تعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا عرف انه يرجع بالتوى بين التوى بقوله والتوى عند ابي حنيفة بكل من امرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه للمحتال ولا للمحيل فقوله ولا بينة له يعني كلا من المحيل والمحتال او يموت مفلسا لا مال له عينا ولا دينا ولا كفيل عنه بدين المحتال وعندهما بهذين ووجه آخر وهو ان يحكم حاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي يصح عندهما وعنده لا يصح لانه لا يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل والتوى التلف يقال منه توي بوزن علم يتوى فهو تو وتاو ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففي الشافي

قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله الا بحجة وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول للمنكر ولا يكون قبول الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه **قال** واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه **قال** ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا

والمبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لانه يتمسك بالاصل وهو العسرة او كان حيا فزعم انه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته وفي شرح الناصح القول للمحيل مع اليمين لانكاره وجود الدين **قوله** واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل انما احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي دينا عليه وهو منكر والقول للمنكر ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بناء عليه وهي المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي حقيقة الحوالة اما المقيدة فهي وكالة بالاداء من وجه القبض واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به وقال اني احلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه اي على المحيل دينا وهو منكر فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعي في وجه وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر فما قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول احمد وقول المصنف ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه جواب عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومع كونها بالدين اظهر فالحوالة متواطئ فيهما لا الافراد مجاز واستعارة فالتخصيص تمولهما فان الحقيقة عند ابي حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف شمس الائمة فبين استبعاد التواطئ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلا في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بعته لنفسي فالقول للمحيل لان اصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر انه له انتهى وظاهر تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجويز كون لفظ احلتك بالف مرادا به الف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ او دلالة مثل ثبت او في ذمتك لان فراغ الذمة كان ثابتا بيقين فلا يلزم فيه شغل ذمته الا بمثله من اللفظ ومنه نحو قوله الف لزمها في جوانب لي عليك الف للتيقن بعوده والتسمية في اثرها على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله احلتك **قوله** ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء لتيسير ما يقتضي به وجعلناه بخلاف المديون عليه فان هلكت برئ المحتال عليه وهو المودع لتقيدها بها اي لتقييد الحوالة بالوديعة التي هلكت فانه اي الرجل ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة بعين مغصوب عرض او الف مثلا دراهم فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل او القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لان له خلفا والفوات الى خلف كلا فوات فتبقيت متعلقة بخلفه فيسر وخلفه على المحتال وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا بان يحيله بدينه الذي له

وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة به فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده

على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة اقسام مقيدة بعين امانة وبعين مضمونة وبدين خلص وحكم المقيدة في هذه الجملة اعني الاقسام الثلاثة ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ولا بذلك الدين لان الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب به وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن فاذا اخذ المحيل بطل ذلك الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين او الدين الى المحيل ضمنه للطالب لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن احد يضمنه للمرتهن لانه مستحقه ولما كان تشبيه المقيد بالرهن تبادر منه انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غيره دين المحتال ينبغي ان يختص المحتال بذلك الدين المحال به او العين وليس كذلك بل هو اسوة الغرماء فقال وان كان اسوة الغرماء فيه بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي للمحيل حق المطالبة بما احال به من الدين او العين فيأخذه منه بطلت الحوالة والواقع انها حق المحتال فليس له ان يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا او عينا والفرق ما قدمناه وانه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة او الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق وكان له زيادة اختصاص اذا كان المحتال اسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين او العين بين غرماء المحيل واخذ المحتال حصته لا يكون له ان يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر لتقييد الحوالة بذلك المقسوم هذا ومن احكام الحوالة المقيدة بالدين او العين انه لو ابرأ المحتال المحتال عليه صح الابراء وكان للمحيل ان يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه او مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل ان يرجع على المحتال عليه والفرق ان الهبة من اسباب الملك وكذا الارث فملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة وكذا بالارث فهو كما لو ملكه بالاداء ولو ادى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه في الاصل موضوع للاسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقي دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع عليه وقوله بخلاف المطلقة متصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل ان الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة وهو ان يقول المحيل للطالب احلتك بالالف التي لك علي على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي عليه فاذا احال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة او مغصوبة او دين كان له ان يطالب به لانه اي الشان لا تعلق لحق المحتال اي بذلك الدين او العين لوقوعها مطلقة عنه بل بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فبأخذ دينه او عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة وما عليه يرجع اي الدين او الغصب او عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة ان يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء ثم تنقسم المطلقة الى حالة ومؤجلة فالحالة ان يحيل الطالب بالف وهي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التي هي على الاصيل وليس للمحتال عليه ان يرجع على الاصيل قبل ان يؤدي

قال ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

ولكن له ان يلازمه وان يلازمه واذا حبس ان يحبسه والمطالبة الموجهة له على رجل الف الى سنة فاحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى اجله ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي ان تثبت مؤجلة كما في الكفالة لانه يتحول بها على الاصيل بتلك الصفة كان فلو مات المحيل لم يحل المال على المحتال عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتاتى ذلك في حق المحتال عليه لانه محتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين في احكام الدنيا والتحق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حي حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء يرجع الطالب على المحيل الى اجله لان الاصيل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسا فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الاجل كما لو باع المديون من رجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا **قوله** ويكره السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع في بلده الى رجل قرضا ليدفع الى صديقه او وكيله مثلا في بلد اخرى ليستفيد به امن خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا روى الحارث بن ابي اسامة في مسنده عن حفص بن حمزة انبانا سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال سمعت عليا رضه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو ضعيف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه ابو الجهيم في جزئه المعروف من سوار المذكور واخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفتجة حرام واعله بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكره ابن الجوزي في الموضوعات واحسن ما هنا عن الصحابة والسلف ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا خالد الاحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل اقرض رجلا مالا على ان يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك هنا فلا خير فيه وروي عن ابن عباس رض ذلك الا يرى انه لو قضاه احسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل كذلك فلا والذي يحكى عن ابي حنيفة انه لم يقع في ظل جدار غريمه فلا اصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما اورد القدوري هذه المسئلة هنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله اعلم

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات تحتاج الى قطعها اعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الحميدة والقاضي يحتاج اليها فافادها وهو ان ذكر ما ينبغي للقاضي ان يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الحميدة ادبا لانها تدعو الى الخير والادب بالاصل من الادب بسكون الدال هو الجمع والدعاء وهو ان تجمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه ادب يادب ادبا

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء

بوزن ضرب يضرب ضربا اذا دعا الى طعامه فهو آدب والمأدبة الطعام المصنوع المدعو اليه ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل
ورثوا السؤدد عن آبائهم ثم سادوا وأسودوا وأضحوا زينة في المشتاة ندعو الجفلى لا ترى الآدب فينا ينتقر ومنه ما ذكره أبو عبيد في قول
ابن مسعود ان هذا القرآن مأدبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروي عنه ايضا مأدبة الله فتعلموا من مأدبته بفتح الدال اي مدعاته وكان الاحمر
يجعلهما لغتين قال أبو عبيد لم اسمع احدا يقول هذا غيره واما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل لمعان كلها ترجع الى الختم والفراغ من الامر ومضيه
بالكمال وفي الشرع يراد به الالزام فيقال للحكم وهو منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس واما وصف القضاء فهو فرض كفاية
فلو امتنع الكل اثموا وللسلطان ان يجبر من يعلم قدرته عليه لانه لا بد من ايصال الحقوق الى اربابها بالزام الممتنعين منها ولا يكون ذلك
الا بالقضاء وقد امر الله به نبيه صلى الله عليه وسلم بقوله وان احكم بينهم بما انزل الله اليك وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى فاحكم
بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذا وقال له بم تقضي فقال بكتاب الله قال فان
لم تجد قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال اجتهد رأيي فأقره وعليه اجماع المسلمين **قوله لا تصح ولاية القاضي**
حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد هذا لفظ القدوري وذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بانه ألقي عليه العمل
من غير طلب منه كما هو الاولى اما الاول وهو انه لا بد ان يكون من أهل الشهادة فلان حكم القاضي يستقى من حكم الشهادة يعني كلا من القضاء
والشهادة يعتمد من باب واحد وهو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير اعمى ولا محدود في قذف والكل فيه
ان يكون عدلا عفيفا عالما بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة **فرع** قلد عبد فعتق جاز ان يقضي بتلك الولاية من غير حاجة
الى تجديد كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في اول كتاب القضاء وذكر بعده بورقة ولو قلد قضاء مصر صبي فادرك ليس
له ان يقضي بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فاسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما
له ولاية وبمانع وبالعتق والاسلام يرتفع اما الصبي فلا ولاية له اصلا وفي الفصول لو قال للصبي اذا ادركت فصل بالناس او اقض
بينهم جاز ولا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط ولو تقدم تنجيز واذا لم تصح ولاية الصبي فيما لو مات سلطان
هنا فاتفق رأيهم على تولية ابن صغير للسلطان اذا مات ففي فتاوى النسفي يصح لعدم ولاية فينبغي ان يكون الاتفاق على وال عظيم فيصير سلطانا ويقلد
القضاء بنفسه غير انه يعد نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى وتقتضي انه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه اذ لا يكون الا
اذا عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك لان السلطان لا ينعزل الا بعزل نفسه وهذا غير واقع وانما ذكره تقليدا شرط الاستقصاء في
الدنيا وتقتضي الرأي في كل شيء الا الفقهاء وقد اختلف في قضاء الفاسق فاكثر الائمة على انه لا يصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته ومن علمائنا
الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرها متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل
فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الفاسق الجاهل
صح ويحكم بفتوى غيره لكن لا ينبغي ان يقلد والحاصل انه ان كان في الرعية عدل عالم لا تحل تولية من ليس كذلك ولو ولي
صح بناء على صحة شهادة الفاسق لا تحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى ان لا تقبل شهادته

والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته
ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه
مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه

وان قبل جاز ومقتضى الدليل ان لا يحل ان يقضي بها فان قضى جاز ونفذ لو كان عدلا قبل الولاية فولى ففسق وجار باخذ
الرشوة وغيرها من اسباب الفسق لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا البخاريون
والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل انه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا ولى عدلا ثم فسق انعزل لان
عدالته في معنى المشروط في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها لكن
انه لا يلزم ذلك الشرط فان الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فانت قاضيها
واذا وصلت الى مكة فانت امير الموسم والاضافة بان يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثني منها كما لو قال
جعلتك قاضيا الا في قضية فلان او لا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحه
تقييدها به على وجه يزول بزواله فلا ينعزل وهذا التقرير انفع المواد ومن ان البقاء اسهل من الابتداء وفي الابتداء
تجوز ولاية الفاسق ففي البقاء لا ينعزل واتفقوا في الامارة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لانها مبنية على القهر
والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث الناس الى مؤتة وامر عليهم زيد بن حارثة
ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع اهل السير والمغازي
ثم الرشوة اربعة اقسام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا
الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان
بحق او بباطل اما في الحق فلانه واجب عليه فلا يحل اخذ المال عليه واما في الباطل فاظهر وحكي في الفصول في نفاذ
قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة اقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة لا ينفذ فيهما
ينفذ فيهما وهو ما ذكره البزدوي رحمه الله وهو حسن لان حاصل امر الرشوة فيها انه قضى بحق استحق بها فسقه وقد فرض ان الفسق لا يوجب
العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به انه اذا ارتشى عامل لنفسه او ولده
وقضاؤه عمل لنفسه اذا ارتشى والقاضي لنفسه او ولده او من لا تقبل شهادته له لا يصح سواء اذا كان جعله ولا نزاع
بين ان يرتشي ثم يقضي او يقضي ثم يرتشي وفيما لو اخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني
لان الاول عمل في هذا لنفسه حين اخذ الرشوة ولو كان كتب الى الثاني ليسمع الخصومة واخذ مثل اجر الكتاب
صح حكم المكتوب اليه والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتسابا في انه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب
الولاية بالشفعاء والثالث اخذ المال ليسوي امره عند السلطان دفعا للضرر او جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ
لا الدافع وحيلة حلها للآخذ ان يستأجره يوما الى الليل او يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى
السلطان للامر الفلاني وفي الاقضية قسم الهدية وجعل هذا من اقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء
للتودد وحرام من الجانبين كالاهداء ليعينه على الظلم وحلال من جانب المهدي حرام على الآخذ وهو ان يهدي

وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها هل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد الفاسق حذار النسبة الى الخطأ واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله عليه وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه

ليكف عنه الظلم والحيلة ان يستأجره الى آخره وقال هذا اذا كان فيه شرط اما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا انه انما يهدي ليعينه عند السلطان فمشايخنا على انه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فاهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه او ماله حلال للدافع حرام على الآخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز اخذ المال لفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين و قد ظهرت خيانته للدين وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد حذار ان ينسبه الفقهاء في عصره الى الخطأ) (واما الثاني وهو اشتراط اهلية الاجتهاد فالصحيح انها ليست شرطا للولاية بل الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا ويحكم بفتوى غيره خلافا للشافعي ومالك واحمد رحمهم الله وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره ومقصود القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه ودفع الظلم يحصل به فاشتراطه ضائع فالمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الفقه واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال اجتهد رايي لا يلزم اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا عن الغزالي في وجيزه خلافه فيقلد في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشيء فانه عليه الصلاة والسلام دعا له بان يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان بهذا الدعاء رزق اهلية الاجتهاد فلا اشكال والا فقد جعل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسنذكر سند حديث علي رضي الله عنه واعلم ان ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي الا المجتهد وقد استقر رأي الاصوليين على ان المفتي هو المجتهد فاما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه اذا سئل ان يذكر قول المجتهد كابي حنيفة رضي الله عنه على جهة الحكاية فعرف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن المجتهد احد امرين اما ان يكون له سند فيه اليه او يأخذ من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم او المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها الى محمد ولا الى ابي يوسف لانها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا

وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

للاقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد والترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصوب ذكره في بعض الجوامع وعندي انه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه ان يحكي قولا منها فان المقلد له ان يقلد اي مجتهد شاء فاذا ذكر احدها فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال ابو حنيفة رح حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالاخذ بما يقع في قلبه انه اصوب اولى والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطائه وعلى هذا اذا استفتى فقيهين اعني مجتهدين فاختلفا عليه الاولى ان ياخذ بما يميل اليه قلبه منهما وعندي انه لو اخذ بقول الذي لا يميل اليه قلبه جاز لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل اصاب ذلك المجتهد او اخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان اولى ولا بد ان يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما تتحقق في حكم مسئلة خاصة قلد فيه وعمل به والا فقوله قلدت ابا حنيفة رح فيما افتى به من المسائل مثلا والتزمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد او وعد به كانه التزم ان يعمل بقول ابي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع فان ارادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولا او نية شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه بقوله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله به والغالب ان مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والا اخذ العامي في كل مسئلة بقول مجتهد اخف عليه وانا لا ادري ما يمنع هذا من النقل والعقل وكون الانسان يتبع ما هو اخف على نفسه من قول مجتهد يسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن امته والله سبحانه اعلم بالصواب **قوله** وينبغي للمقلد وهو من له ولاية التقليد ان يختار من هو اقدر واولى له بامانته وعفته وقوته دون غيره ويرزقه من بيت المال ولا باس للقاضي ان ياخذ وان كان غنيا شرعيا وان احتسب فهو افضل والاصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل الوصي ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه انه كان يرزق سليمان ابن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه لعمل المسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضي الله عنه رزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه علي خمسمائة وذلك لقلة عياله في زمن عمر رضي الله عنه وخفض السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه وغلاء السعر فرزق القاضي لا يقدر بشيء لانه ليس باجر لانه لا يحل على القضاء وانما يختار الاولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحاكم في المستدرك عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو ارضى لله تعالى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعقب بحسين بن قيس

يعني حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها

قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف

بانه ضعيف وضعفه العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رض واخرجه الطبراني من غير طريق حسين نحوه عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من امر المسلمين شيئا فاستعمل رجلا وهو يعلم ان فيهم من هو اولى بذلك واعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وروى ابو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل استعمل رجلا على عشرة انفس وعلم ان في العشرة من هو افضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي له ولاية تقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة واطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل خراجها واطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من ان يصرح له بالمنع او يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام و حلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ولو ولي لحكم الموالي ثم جاء بكتاب السلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان في التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا امر عبده على ناحية وامره بنصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه قوله يعني حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصل ذلك الكلام ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين القولين ان على الاول نسبة الى معرفة الحديث اكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطات الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بانهما قولان ولا شك في ذلك لانهما متنافيان لان كونه ادرى بالحديث من الفقه ينافي كونه ادرى بالفقه من الحديث وانت تعلم ان المجتهد يحتاج الى الامرين جميعا فيحترز من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس فالوجه ان يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل ان يعلم الكتاب والسنة باقسامهما من عبارتهما واشارتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقي الاقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطات احكامهما وشرط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع واقوال الصحابة لانه قد يقدم على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله وقيل ان يكون صاحب قريحة الخ فهذا القيد لابد منه في المجتهد فمن اتقن ذلك بالجملة فهو اهل للاجتهاد فيجب عليه ان يعمل باجتهاده وهو ان يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن غيره ولا يقلد احدا قوله ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم تقلدوه ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف اما ان الصحابة تقلدوه فحديث معاذ معروف وكذا علي رضي الله عنهما كما رواه ابو داود وعن علي رض قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ترسلني وانا حديث السن ولا علم لي

قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد

بالقضاء فقال إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء قال فما زلت قاضيا أو ما شككت في قضاء بعد ورواه أحمد وإسحاق بن راهويه والطيالسي والحاكم وقال صحيح الإسناد وأخرج ابن ماجه وفيه فضرب صدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه أيضا الحاكم في المستدرك أيضا عن ابن عباس رضي الله عنه قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه إلى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد عليه السلام شريحا الإمام وأما أنه فرض كفاية فقد قدمناه غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وتركه أولى وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الحيف أي الجور أو عدم إقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لأن الغالب الوقوع في محظوره وإن أمن أبيح رخصة والترك هو العزيمة لأنه وإن أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فظهر منه خلافه فيخرج عن الاستحباب هذا إذا لم ينحصر الأهلية فيه وإن انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه إلا أن كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث من ولي القضاء فكأنما ذبح بغير سكين أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذي وأخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضي فقد ذبح بغير سكين وحكي أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعي من يسوي لحيته فبينما هو يحلق تحت لحيته في حلقومه إذ عطس القاضي فألقى الموسى رأسه وقد جاء في التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه أبو حنيفة رحمه الله وصبر رحمه الله على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف أعبره بالسباحة فقال أبو يوسف رحمه الله البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال أبو حنيفة رحمه الله كأني بك قاضيا وقول أبي حنيفة رحمه الله كقول أبي قلابة ما وجدت القاضي إلا كسابح في بحر فكم يسبح حتى يغرق وكان دعي للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيها فهرب حتى أتى اليمامة فاجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن رحمه الله نيفا وثلاثين يوما أو نيفا وأربعين يوما ليتقلده وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم وأخرج أبو داود عن ابن بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يده إلى عنقه فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غله وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وحاف فيه

قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه

شدت يساره الى يمينه ثم رمى به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي واخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل ابو الدرداء على القضاء فاصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال اتهنوني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها ابعد من عدن ابين ولو اما في البخاري سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافي مجيئه او لا مغلولة يده الى ان يفكها عدله فيظله في ظله فلا تعارض قوله وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ اخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجه من حديث انس رضه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل اليه ملك يسدده ولفظ ابي داود من طلب القضاء فاستعان عليه واخرجه الترمذي ايضا عن انس مرفوعا من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن اكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو اصح من حديث اسرائيل يريد سند الاول واصح من الكل حديث البخاري قال صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان اوتيتها عن مسئلة وكلت اليها وان اوتيتها من غير مسئلة اعنت عليها واذا كان طلب الولاية ان يوكل الى نفسه وجب ان لا يحل لوح معلوم وقوع الفساد منه لانه مخذول قوله ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوا من الحجاج هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في اقضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولى القضاء قبل تسليم الحسن له واما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام الجماعة واستقضى معاوية ابا الدرداء بالشام ومات وكان معاوية استشاره فيمن يولي بعده فاشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته على التي ذكرنا المعتمد كونه رابعا بعد زمان وقيد بنوبته احترازا عن قول الروافض انه كان احق بها في سائر النوب حتى من ابي بكر وانما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق في قتال اهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار تقتلك الفئة الباغية وقد قتله اصحاب معاوية يصرح بانهم بغاة ولقد اظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما اخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال قالت عائشة رض لابن عمر يا ابا عبد الرحمن ما منعك ان تنهاني عن مسيري قال رأيت رجلا غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت له اما والله لو نهيتني ما خرجت واما الحجاج فحاله معروف في تاريخ البخاري بسنده عن ابي اسحق قال كان ابو بردة بن ابي موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل اخاه مكانه واسند في موضع آخر عن ضمرة قال استقضى الحجاج ابا بردة بن ابي موسى واجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة اشهر وفي تاريخ اصبهان للحافظ ابي نعيم عبد الله بن ابي مريم الاسدي ولي القضاء باصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج واقام محبوسا بواسطة فلما هلك الحجاج رجع الى اصبهان وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله بن عوف ابو محمد الذي يقال له طلحة الندى ابن اخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وابي هريرة وابي بكر رضي

قال ومن قلد القضاء يسأل عن ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام

قوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر لان المقصود لا يحصل من التقليد وهو ظاهر هذا واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار في بلاد المغرب كقرطبة الآن وبلنسية وبلاد الحبشة اقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم ان يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا او يكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا لهم اماما يصلي بهم الجمعة **فروع** في العزل للسلطان عزل القاضي بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل وينعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي لا ينعزل نائبه وكثير من المشايخ على ان النائب لا ينعزل بعزل القاضي لانه نائب السلطان وينعزل القاضي بعزل نفسه اذا بلغ السلطان وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينعزل القاضي بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للعامة فلا يملك ابطاله وعن ابي يوسف رح لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصي القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صوره اذا كتب الخليفة اليه اذا وصل اليك كتابي هذا فانت معزول لا ينعزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشيء وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل امراء الخليفة ولو قلد رجل قضاء بلدة بها قاض لا ينعزل الاول عن ابي الليث لا ينعزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطا مثل ان لا يقبل امرا حد فخالف انعزل وعن ابي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء اكثر من سنة ثم يعزله ويقول له اشغلناك اذهب فاشتغل ثم ايتنا **قوله** ومن قلد القضاء يسأل اي اول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو ان يسأل ان يطلب من القاضي المنعزل ديوانه ثم فسر ديوانه بالخرائط التي فيها السجلات وغيرها من كتب الاوقاف وكتب نصب الاوصياء والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للايتام وغيرهم مما اقتضاه الحال ومما يطلبه لانها انما وضعت عند القاضي ليكون حجة وثيقة محفوظة عند القاضي اذا دعت الحاجة الى الحجة ومعرفة الاحوال فتجعل عند من له ولاية النظر في امورهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك ثم ان كان القاضي الذي كتب فيه ورقا من بيت المال او من باب ارباب القضايا فظاهر من بيت المال وكذا الآخر في الصحيح لانه رضي به لانه القاضي لا لانه يملك الذات وقد انتقل الى القاضي وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذه تدينا ليحفظ به امور الناس وحاجاتهم لا تمولا ويبعث المولى اثنين او واحدا امينا ليقبضاها بحضرة المعزول او من امينه ويسألان اعني الامين المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة فيجعلان الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون اسهل تناولا بخلاف ما اذا خلط الكل فان في الكشف حينئذ عسرا شديدا او في عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك الناس ولا الكتب او قافهم بل اذا كان القاضي هو ناظر الوقف وهذا السؤال لكشف الحال لا ليلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضي فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم اذا قبضاها ختما عليه خوفا من طرق التغيير واما ما قيل كتابان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس الى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف

قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي

مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة قوله وينظر في حال المحبوسين فيبعث الى السجن من يحصيهم ويأتيه باسمائهم واخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لان القاضي ناظر في امور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد ان يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند الاول ليس بحجة يعتمد بها الثاني في حبسهم الا ان قول الاول انه حجة فمن اعترف بحق الزمه اياه ورده الى السجن الا ان يبلغ المقدار الذي يخرج من السجن بسببه واذا لم يثبت له مال وكذا من انكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم اخذ منهم كفيلا او اطلقهم حتى يظهر في حالهما فان ظهرت عدالة الشهود رده الى السجن اذا طلب الخصم ولو اخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لانه التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة موجبة للعمل لا سيما اذا كانت على فعل نفسه وبهذا قال الشافعي ومالك وقال احمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه امين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل ايضا الا بحجة واذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة بما يوجب حبسه لا يعجل باطلاقه لان فعل القاضي ظاهرا انما كان لا بحق فيحتاط لخصم الغائب فينادي عليه وصفته ان يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادي في محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت الى القاضي يفعل ذلك اياما فاذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتدأ الحكم بينهم وان لم يحضر اخذ منه كفيلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق الغائب وامارته انه في حبس قاض والظاهر انه بحق فان قال لا كفيل لي او ابى ان يعطي كفيلا وجب ان يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادي شهرا فان لم يحضر احد اطلقه وقيل اخذ الكفيل هنا قولهما اما على قول ابي حنيفة فلا كما قال في اصحاب الميراث اذا اقتسموا على ما سيأتي والمختار ان اخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابي حنيفة ان المال ظاهر الحق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تاخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر ان حبسه بحق لظهور ان فعل القاضي بحق ولكنه مجهول فليس اخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فيما ننظر اليه هذا الظاهر يجب ان لا يطلقه بقوله الى معلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الاعسار ان حبسه اقوله وينظر في الودائع وارتفاع الاوقاف الكائنة تحت ايدي امناء القاضي وهو الذي في ديارنا من هذا الزمان اموال بالاوقاف تحت ايدي جماعة يولّيهم القاضي النظر والمباشرة وفيها ودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى امين الحكم فيعمل فيها على حسب ما تقوم به البينة انه لفلان او غيره ذلك او يعترف الذي هو في يده ولا يقبل قول المعزول على من هو في يده اذا انكر وقال هي لي الاجنبية لما بينا انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي الا هو المخصوص بان يمضي بقوله في الالزام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو اخبر القاضي انه شهد عنده الشهود بكذا لا يثبت به حتى يشهد عند الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله الا ان يعترف الذي في يده ان القاضي المعزول سلمها اليه الخ اما ان يقول سلمها الي ولا ادري لمن هي او يقول سلمها الي وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي اقر له القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيها لانه ثبت باقرار من في يده ان اليد فيها كانت للقاضي فيقبل اقرار القاضي فيها كما لو كانت في يده حال اخباره او يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول هي لفلان لرجل آخر. فالقول

قال ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة

ما قال المعزول وتدفع الى من اقر له لانه اقر باليد للقاضي فصار المال في يده ثم اقر انه لفلان فلا يصح اقراره او بدأ بالاقرار لفلان وقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه الى القاضي فهذا يؤمر بالتسليم الى من اقر له الامين ويضمن مثله اذا كان مثليا او قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من اقر له لانه لما بدأ بالاقرار صح اقراره ولزم لانه اقر بما هو في يده فلما قال دفعه الى القاضي فقد اقر ان اليد كانت للقاضي والقاضي مقر به لغير من اقر هو به له فيصير هو متلفا لذلك على من اقر له القاضي باقراره لغيره فالمعتبر اما لو شهد قوم انهم سمعوا القاضي الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من في يده او شهدوا على حبسه مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكر وكذا لو مات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك نائب هذا او شهد شاهد ان ان القاضي قضى لفلان على فلان بكذا او قال القاضي لم اقض بشيء لا تجوز شهادتهما عند ابي يوسف وهو قول الشافعي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك **قوله** ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين في الخلاصة ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرف النهار وكذا المفتي والفقيه والمسجد الجامع اولى لانه اشهر ثم الذي تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد اما اذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على اهل المشقة المقابلة له فالاولى ان يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ويجوز ان يحكم في بيته وحيث كان الا ان الاولى ما ذكرنا وبقولنا قال مالك واحمد في الصحيح عنه وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه اي القضاء بحضرة المشرك وهو نجس بالنص قال تعالى انما المشركون نجس والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولان المساجد بنيت للصلوة والذكر والخصومات تقترن بالمعاصي كثيرا من اليمين الغموس والكذب في الدعاوي ولنا ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلاعنا في المسجد ولا بد من كون احدهما كاذبا فتأتي يمين غموس وفي الصحيحين من حديث اللعان ايضا عن كعب بن مالك انه تقاضى ابن ابي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فاشار بيده ان ضع الشطر من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه واخرج الطبراني الى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة اذ اتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال اجلس فجلس وقام الثانية فقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة وقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال وما حدك قال اتيت امرأة حراما فقال صلى الله عليه وسلم لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضوان الله عليهم اجمعين انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يا رسول الله الا تجلد التي خبث بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبتك قال فلانة فدعاها ثم سألها فقالت يا رسول الله كذب علي والله اني لا اعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك قال يا رسول الله ما لي شاهد فامر به فجلد حد الفرية ثمانين واما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى

قال ولا يقبل هدية إلا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لأن الأول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتحاماه

ووقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا ونفى البخاري إلا أن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسند الإمام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان يقضي في المسجد وذكر القصة وذلك فيما قيل إنه غريب مبني على أن المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بسنده إلى ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسند إلى سعد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي القضاء بها فكان يقضي في المسجد وقال أبو الملا لا أثبته يرويه عن أنس وإلى إسماعيل بن أبي خالد قال رأيت يحيى يقضي في المسجد وإلى أسود بن سفيان يقول قال رأيت الشعبي يجلس قاضيا بالكوفة يقضي في مسجد وكل قضاء واحد من هؤلاء كان بين المسلمين مشهورا وأقام الصحابة والتابعون ولم يرد إنكاره عن أحد وأما الحديث الذي ذكره المصنف إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم فلم يعرف وإنما أخرج مسلم حديث الأعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وإنما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن قال وأمر رجلا من القوم فجاء بدلو فشنوه عليه. وأما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه والحائض تخبر بحالها فيخرج إليها القاضي أو يرسل نائبه كما لو كانت الدعوى في دابة ولو جلس في داره فحسن بشرط أن يأذن للناس على العموم ولا يمنع أحدا من الناس لأن لكل أحد حقا في مجلسه على قياس ما ذكرنا في المسجد أن الأولى أن يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضي وهو يمشي أو يسير على دابة لأن فهمه لا يكون غير معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ولأنه مشغول بما هو فيه ولا بأس بأن يتكئ لأنه نوع جلسة كالتربع غيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي أن لا يقضي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر شديد أو به مدافعة الأخبثين أو به حاجة إلى الجماع والحاصل لا يقضي حال شغل قلبه وأصله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فأكثر إلا أن يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء الآخر فتقدمه ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا وينبغي أن يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة الظلم أو [illegible] وروي عن عثمان ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبو بكر وعمر وعثمان وعلي يشاورون حتى قال أحمد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط فإن دخله حصر في تقدمهم عنده أو شغله شيء من أمور المسلمين جلس وحده فإن طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزيد قوة على ذلك فإذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته ولكن الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ونسبته إلى أنه جار عليه ومن يسمع يخاله فربما يفسد العامة عرضه وهو بريء وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيغار الصدور كان أولى

قوله ولا يقبل الهدية الحاصل أن المهدي إما أن يكون له خصومة أو لا فإن كانت لا يقبله منه وإن كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم وإن لم تكن خصومة فإن كان له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة قبل وإن لم يكن لا ينبغي

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها

أن يقبل وإن كان جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء بسبب قرابة أو مودة فإن زاد لا تقبل الزيادة وذكر فخر الإسلام إلا أن يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله إذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب إلا إذا كان له عادة بالمهاداة أو كثيرة فإن لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا تقبل وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم أو من له عادة قبل القضاء يفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل القضاء إذا لم يكن له خصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسألة الدعوة عن شيخ الإسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته إلا إذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداته قبل القضاء إن كان ذلك لفقر ثم أيسر بعد ذلك وبالولاية قريب فصار يهدي إليه جاز لأن الظاهر أن المانع ما كان إلا الفقر وهذا على شبه قول فخر الإسلام في الزيادة إذا كثر ماله ثم إذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قيل يضعها في بيت المال لأنها بسبب عمله لهم وعامتهم على أنه يردها على أربابها إن عرفهم وإليه أشار في السير الكبير وإن لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففي بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فإن جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الأقطع الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه والهدية لا شرط معها انتهى والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي قال عليه السلام هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر أبا هريرة فقدم بمال فقال له من أين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعل في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة وهذا يجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه منه فأهدى إلى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة قوله ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة يعني ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه فلا يجيب دعوته إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له وعن محمد يجيب قريبه وإن كانت خاصة هكذا حكي الخلاف من الطحاوي وقال الخصاف يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جري العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الإسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان المحرم لا يجري بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وابتدأ به بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو كالأجنبي سواء وما في الهداية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة الرحم قبل القضاء فإذا أهدى بعد القضاء لا بأس بقبوله انتهى فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والبعيد في الهدية والضيافة سوى ذلك الإمكان الذي قدمناه ونختلف

قال: ويشهد الجنازة ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلمين قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذا ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لأن النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولأن فيه تهمة قال وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال لقوله عليه السلام إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر

في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف الخاصة هي التي لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي او لا والأوجه عندي ان ما حكي عن القاضي ابي علي النسفي وهو ان دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فان الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما يعسر معرفة ان المضيف يصنعها لاجل حضور القاضي ابتداء العامة الناس بل ليس الا هاتين الخصلتين او مخصوص من الناس لانه ضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضره القاضي لم يصنع او يصنع غيبه محقق فانه امر بطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله اعلم وعند الشافعي واحمد يحضر الولائم مطلقا لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي يقتضيه قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل الا الغير حضوره ولا قبول هدية فلفقد البدل قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض المراد من المريض مريض لا خصومة له والا لا يعود وانما وجب ذلك لما روى مسلم عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنازة واذا استنصحك فانصح له هذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه واذا عطس فحمد الله فشمته وروى البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي قال كنا غزاة في البحر زمن معاوية فانضم مركبنا الى مركب ابي ايوب الانصاري فلما حضر غداؤنا ارسلنا اليه فاتانا فقال دعوتموني وانا صائم فلم يكن لي بد من ان اجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على اخيه ست خصال واجبة ان ترك منها شيئا فقد ترك حقا واجبا عليه لاخيه يسلم عليه اذا لقيه ويجيبه اذا دعاه ويشمته اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استنصحه ولا بد من حمل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به امر ثابت عليه اعم من كونه ندبا او وجوبا بالاصطلاح قوله ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه الآخر لما روى اسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي فاضافه فلما قال اني اريد ان اخاصمه قال له علي تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان نضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني ولان فيه تهمة الميل قوله واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لما رواه اسحق بن راهويه في مسنده وانا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عياش ثنى ابو بكر الليثي عن عطاء بن يسار عن ام سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليساو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على احد الخصمين اكثر من الآخر واخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن ابي عبد الله عن عطاء بن يسار عن ام سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه واشارته ومقعده وروي من ابن عيينة انه كتب الى ابي موسى عبد الله بن قيس الاشعري ان سو بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ولا تسار احدهما ولا تشير اليه ولا تلقنه حجة

ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك
في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء

ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء والمستحب باتفاق اهل العلم ان يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به ابا بكر دون عمر وفي سنن ابي داود ان عبد الله بن الزبير خاصم عمرو بن الزبير الى سعد بن ابي وقاص وهو على السرير فقد اجلس عمرو ابن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعد من شقه الآخر فقال ههنا فقال عبد الله الارض الارض فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم او قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما وهذه المسئلة تظهر ان القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي رضي الله عنه فانه قام واجلس عليا مجلسه وينبغي للخصمين ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويبعد عنه قدر ذراعين او نحو ذلك من غير ان يرفعا صوتهما ويسند القاضي ظهره الى المحراب وهو مستحب عند الائمة الثلاثة ويقف اعوان القاضي بين يديه ليكون اهيب واذا حضرا فالقاضي بالخيار ان شاء ابتدأ فقال ما لكما وان شاء تركهما حتى يبتدئا بالنطق وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء يخبرا منهما فاذا تكلم المدعي اسكت الآخر حتى يفهم حجته لان في تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي ذلك وقيل لا الا بعد سؤال المدعي بان يقول اسأله لكن يتفكر في الدعوى لتظهر له صحتها والا قال له قم فصحح دعواك واذا صحت الدعوى يقول فماذا تريد ان اصنع فان قال اريد جوابه سأله والاصح عندنا انه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلابد من تقديمهن واختار محمد ان يقدم الدعوى الاولى فالاولى ويشيع على ذلك امناء لا رشوة ليعرف السابق ويبكر على باب القاضي ولا يكون عنده طمع ولو اشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يمهلهم فان بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يجوز فهم فيكون عيبا لا يخافه الناس واكثر الائمة ما رأوا من اخذ بواب القاضي شيئا ليمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هو فساد عظيم ليس لاحد ان يمنع احدا من التقدم الى القاضي في حاجة والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا القياس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي قيل ينبغي ان يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه معه سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود تقرب من القاضي واعلم ان القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا ان يجلسهم على ما ذكرنا فهذه القيام من المحدثات لما فيه من الحاجة اليه وعن ابن عمر انه كان اذا سافر استصحب رجلا يسمى الادب فقيل له في ذلك فقال اما علمت ان الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس تختلف الاحوال والادب وقد حدث في هذه الازمان امور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال يراد به الخير لا خدمة النفس المؤدي الى الاعجاب ولا حول ولا قوة الا بالله

قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل فصل في الحبس

ويستحب ان تكون فيه عليته بلا غضب وان يلتزم التواضع في غير وهن ولا ضعف ولا يترك شيئا من الحق ويتخذ كاتبا امينا صالحا يكتب المحاضر والسجلات عارفا بها كيلا يقع في السجل فاسد ايا الاخلال ببعض الشرط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر ويقعد حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء تجلاف عرف العادة اليوم قوله ويكره تلقين الشاهد وهو ان يقول له القاضي كلاما يستفيد به الشاهد علما عليه الائمة الثلثة وعن ابي يوسف هو وجه للشافعي لا باس به لمن استولته الحيرة او الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه في غير موضع التهمة اما فيها بان ادعى المدعي الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالف فيقول القاضي يحتمل انه ابرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين احد الخصمين وفي المبسوط ما قالا عزيمة لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول ابي يوسف رخصة فانه لما ابتلي بالقضاء شاهد الحصر عند اداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذا لم يعنه على اداء الشهادة ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللغة في كتاب الصلوة والقياس امر باكرام الشهود فان الله تعالى يحيي بهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه التقصير وقوله بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص ليأتي بخصمه يقال شخص من البلد الى بلد اذا ذهب من حد منع قيل وتاخير قول ابي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على ان قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحي وقد لا يلزم ويكفي كونه آخر دليلا في ذلك وفي فتاوى قاضي خان لا ينبغي للقاضي ان يبيع ويشتري بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الائمة الثلثة وعن احمد يتخذ وكيلا لا يعرف انه وكيل القاضي تحرزا عن المحاباة وشرط شريح على عمر حين ولاه ان لا يبيع ولا يشتري ولا يرتشي وقال بعض المشايخ المالكية ينبغي للقاضي ان يرتفع عن طلب الحوائج من الماعون والدابة وما اشبه ذلك وعن محمد لا باس ان يبيع ويشتري في غير مجلس القضاء وينبغي للخصوم اذا دخلوا ان لا يسلموا على القاضي فان سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج في احسن ثيابه والله الموفق

فصل في الحبس احكام القضاء كثيرة وخص بالذكر منها الحبس الا انه اختص باحكام كثيرة فافرده بفصل على حدة والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى او ينفوا من الارض وبالسنة على ما سلفنا انه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وذكر الخصاف ان ناسا من اهل الحجاز اقتتلوا فقتل منهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وابي بكر رض سجن انما كان يحبس في المسجد او الدهليز حتى اشترى عمر رض دارا بمكة باربعة آلاف درهم واتخذه محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر رض ولا عثمان رض ايضا الى زمن علي رض فبناه وهو اول سجن بني في الاسلام قال في الفائق ان عليا رض بنى سجنا من قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص

قال وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره **قال** فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناؤه به وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله

ويتسبب الناس منه ثم بنى سجنا من مدر فسماه مخيسا وفي ذلك يقول علي رضي الله عنه ألا تراني كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا * بابا حصينا وأمينا كيسا * والمخيس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التأني في الأمور والمكيس المنسوب إلى الكيس وأراد بالأمين السجان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا العيد ولا الجمعة ولا الصلاة جماعة ولا الحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلا بنفسه لأنه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء ولهذا قالوا ينبغي أن يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لأنه إبطال حق آدمي بلا موجب وموت الأب ونحوه مما يبطل نفعه لهم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما إذا مات والده أيخرج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه إن كان له خادم لا يخرج حتى يموت وإن لم يكن له خادم يخرج لأنه قد يموت بسبب عدم الممرض ولا يجوز أن يكون الدين مقتضيا للتسبب في هلاكه ولو احتاج إلى الجماع تدخل زوجته أو جاريته فيطؤها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لأن الجماع ليس من الحوائج الأصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه لأنه قد يفضي إلى المقصود من الإيفاء بمشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث والمال غير مقدر في الحبس فيحبس في الدرهم وما دونه لأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك **قوله** وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة لقوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر عبد الله بن المبارك إحلال عرضه بإغلاظ القول له وعقوبته بالحبس فلا بد من ظهور المماطلة ولم يظهر بمجرد ثبوت الحق بالإقرار إذ لعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال وإنما يظهر إذا امتنع بعد إقراره أما إذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بإنكاره وفي الفوائد الظهيرية وعن شمس الأئمة السرخسي عكس هذا وهو أنه إذا ثبت بالبينة لا يحبسه لأول وهلة لأنه يعتذر بأني ما كنت أعلم أن علي دينا بخلافه بالإقرار لأنه كان عالما بالدين فلم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يأمره في الإقرار والبينة
قوله فإن امتنع أي بعد أمره بقضائه حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالقرض وثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا ثبت المال في يده ثبت غناه والمراد بالغنى القدرة على الإيفاء وإلا فالدين قد يكون دون النصاب فيحبس به يعني إذا دخل المال في يده ثبتت قدرته على إيفائه وإن لم يكن بدل مال لكنه لزمه بعقد التزمه كالمهر والكفالة لأن إقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله إني فقير لأنه كالمناقض لوجود دلالة اليسار ولا يحبسه فيما سوى هذين النوعين إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه حينئذ لأنه وجد دلالة اليسار أي قدرته على الدين المدعى هكذا ذكر في الكتاب ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك أي فيما كان بدل مال أو لزمه بعقد أو حكما لفعله لا لعقد كالإتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف

فان حبسه بما سوى ذلك اذا قال انه فقير الا ان تثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد الدلالة على اليسار فيكون القول قول من عليه الدين
مانه ورتي تسالى عليه بعين حينئذ لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال في المسئلة الواحدة الربع له معتبر للعلو
ولا تفتي مسئلة ثانية فقول الاخرين التجريح على الاوان الكتاب ميزين مطلق بلا دعوى تستعد فتقتل المرتب لا تعاني وكذا في المال حتى
واذا اثبت ما ان الولية المذكورة منها اثبت له المال البينة فيما كان القول قول من عليه حبسه ثم يرى ولذا لم نسأل عنه فالحبس بطريق الترديد
او بيطل يلزم اذا حبسه قدر ما يرى ان ولو لم يكن حتى بقيت مدة بحسب ذكره وروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر

لان الاصل هو العسرة في حق كل احد لانه عدم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبسه حتى يساله المال
بان قال لا استحلفه فان كل حبسه وان طلب الحلف الا ان يقيم المدعي البينة على قدرته وعند محمد لا يحبسه فلا يحلف
فان قال انا فقير حبسه ويروى ان القول للمديون الا فيما بدله مال كالقرض وثمن المبيع وبدلات الخ
والكفالة فان القول فيها قول المدعي ونسب الخصاف هذا القول لابي حنيفة وابي يوسف ومن العلماء من قال
يحكم الزي ان كان بزي الفقراء فالقول قوله في الفقر الا ان يثبت المدعي قدرته وان كان بزي الاغنياء فالقول
للمدعي الا في الفقهاء والعلوية والعباسية لانه لا حكم للزي فيهم لانهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا
القول لو كان على المطلوب بزي الفقراء فادعى المدعي انه غيره وقد كان عليه زي الاغنياء قبل ان يحضر مجلس الحكم
فان القاضي يسأل المدعي البينة على ذلك فان اقام البينة انه كان عليه زي الاغنياء جعل القول قول المدعي
فان لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المديون وكلما تعارضت بينتا اليسار والاعسار قدمت
بينة اليسار لان فيها زيادة علم الا ان يدعي المديون انه موسر وهو يقول اعسرت بعد ذلك واقام
ذلك جيئة فانما تقدم لان فيها علم بامر حادث وهو احداث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين مختلفتين نصا عن اصحابنا
بلا خلاف احدهما ان المرأة اذا ادعت انه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال انه معسر ليعطي نفقة الاعسار ان القول للزوج
والثانية احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وزعم انه معسر فلا يضمن للساكت شيئا ولكن يستسعي العبد وقال شريكه بل هو موسر
فيضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف والمسألتان تؤيدان القولين الاخيرين يعني قول القائل القول لمن عليه
في جميع ذلك وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله مال اما تأييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق
فلو كان الصحيح المذكور اولا لكان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تأييدهما الثاني فلانه لما لم يكن
بدل المهر وبدل العتق مالا جعل القول قول من عليه علم بهذا ان الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية وشرح شرح في الاول فقال تأييدهما القول
من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية والاوجه انهما يبطلان التفصيل المفصل في الكتاب بين كون الدين لزمه بدلا
او بعقد فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب فان البدل فيهما التزم بعقد او شبهة وهو الفعل الحسن الموضوع سببا بمعنى الثمن
ان القول الاخير وهو ان القول للمديون الا فيما بدله مال فان البدل في المسألتين ليس مالا فيجعل القول للمديون
قائما القول بان ما بدله ليس مال يكون القول فيه للمطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه والثانية باعتبار حصولها
جزء كل من القولين مطابقة لكل منهما يوهم انه يفيد الشمول وذلك لا يلزم من كون القول للمطلوب فيما اذا التزم بعقد كونه
القول له في جميع الديون مما في النهاية والدراية تخبيرها من قوله بعد توجيه التأييد وكان الصحيح هما القولان تأمل
ظاهر وكيف يمكن ان يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول للمطلوب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون للتفصيل
بين كون الدين مالا فالقول للمدعي او غير مال فالقول للمطلوب صحيحا فالذي لا شبهة فيه انهما يبطلان القول المذكور

والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية وفي رواية لا تقبل وعلى الثانية عامة المشائخ ثم قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع

في الكتاب ليس بعيب واجاب المصنف عن الابطال المذكور بان دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولهذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وهذا اقوله والصحيح يتخرج على ما قال في الكتاب الى آخره تمام هذا القضاء فيرجح قول الكتاب المفصل على قوته وشبهه يتم فيما اذا كان القول قول المدعي او تثبت ذلك بالبينة يحبس المديون شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم انما يحبس ليظهر ماله فيوفي ما عليه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره وهو شهران او ثلاثة وهو رواية محمد عن ابي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة وروي عنه غير ذلك من التقدير بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما ذكر على الشهر في حكم الآجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار ادنى الآجل شهرا والاقصى لا غاية له وقيل بشهر او اربعة اشهر وهو رواية الحسن ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر عن ابي حنيفة قوله والصحيح الخ ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأي القاضي اذ المقصود ان يحبس الى ان يضجر قلبه فيقضيه ان كان له مال فرع من نفسه يسأل عنه جيرانه واهل الخبرة فان ثبت عنده انه قادر على قضاء الدين ابد حبسه وان قالوا انه ضيق الحال اطلقه ولو رأى ان يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك واما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد في رواية يقبل قبل الحبس وبه افتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة ونصير بن يحيى وهو قول الشافعي واحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة تأيدت اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته واعلم ان سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والا فبعد مضي المدة التي يغلب ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة بيساره ومن غير حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المديون يمين المدعي انه ما يعلم انه معسر حلف فان نكل اطلقه ولو قبل الحبس وان حلف ابد حبسه ولا شك ان معناه ما لم تقم بينة على عسرته قال ابو القاسم في كيفية شهادة الاعسار يقول اشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره سرا وعلانية بخلاف ما اذا قامت البينة فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان احوط ولا يشترط فيها لفظ الشهادة ذكره في باب الحبس من كتاب شيخ الاسلام

قوله في الجامع الصغير رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عن حاله انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبسه في اول الوهلة فان هذا ظاهر في تعجيل الحبس بالاقرار فذكره مبينا ان مراده بقوله اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته فترافعا الى القاضي فانه يحبسه وجوابه انه لم يعطه الى الآن شيئا

قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم وتحقيق ذلك بان تقدم في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كاليوم اذا رأى القاضي ذلك فاما حبسه في نفقة ما مضى فلو طلبت حبسه لم يحبس لان العقوبة تستحق بالظلم وتتحقق بالمنع بعد الوجوب

ولا يحبس الوالد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص الا اذا امتنع عن الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي

ولم يتحقق ومنها لتقضي انه اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي ان قدمته في اليوم الثاني ان يامره بالانفاق فان رجع فلم ينفق اوجعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما ذكرناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعته يامره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعته اوجعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا تقضي ويحصل بذلك ضرر كبير قوله ولا يحبس الوالد في دين ولده لانه عقوبة ولا يستحق عقوبة الوالد لاجل الولد لان التافيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا الاجداد لا يحبس لاحفاده ولا يقيس منه او قتله اما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فابى من الانفاق لا يتدارك لسقوطها اي لسقوط النفقة بمضي الزمان بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه ولا المولى لانه لا يستوجب عليه دينا ولا المولى لعبده والماذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان عليه دين يحبس لانه طلب مالا في التحقيق ويحبس المولى للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الحبس له حق اخذه فاذا اخذه فلا يلتقيان قصاصا وفي غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في الكتابة كالحر فله حق المطالبة فيحبس لمطله اما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا انه لا يحبس سواء لانه يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وفي ظاهر الرواية ان بدل الكتابة صار من وجه بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي هذا ايضا من احكام القضاء غير انه لا يتحقق في الوجود الا بقاضيين فهو كالمركب بنسبته الى فعل قاض واحد في التجنيس والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو اخبر قاضي البلد الآخر بانه ثبت عنده وببينة قبلها بانه حق فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابته اولى ان لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على ان يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدتين فجوز اعانة على ايصال الحقوق الى مستحقيها واما وجه القياس بما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وانه ختمه وقيل ما روى الضحاك بن سفيان انه عليه السلام كتب ان ورث امراة اشيم الضبابي من دية زوجها رواه ابو داود والترمذي واجمع الفقهاء عليه لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز ان يشهدا على شهادة الاصول ويؤديان عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك في بلده وبالكتاب يستغني عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده قوله ويقبل كتاب القاضي في الحقوق اي التي تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص اذا شهد به اي بالكتاب عند القاضي المكتوب اليه ما يبين من ان المشهود وفيه ما هو عن قريب ثم

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة

فقال فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة ويريد بالخصم الحاضر أن يكون وكيلا من جهة المدعى عليه أو مسخرا وهو من نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والإنكار أو الخصم المدعى عليه نفسه لم تتحقق حاجة إلى الكتاب إلى القاضي الآخر فإن الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه وإذا حكم كتب بحكمه إلى قاضي البلدة التي فيها الموكل ليستوفي منه الحق وهذا الكتاب المتضمن للحكم هو المسمى سجلا في عرفهم وإن شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم لأنه قضاء على غائب وإنما يكتب بالشهادة إلى القاضي الآخر ليحكم هو بها وهذا هو الكتاب الحكمي في عرفهم نسبوه إلى الحكم باعتبار مآله وهو في الحقيقة نقل الشهادة إلى ذلك القاضي وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وإن كان المكتوب إليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم إذا كان يخالفه لأنه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبل ولا يعمل به وقوله ويجوز في الحقوق يندرج الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة ما يعرف بالوصف غير محتاج إلى الإشارة واستشكل بأن دعوى النكاح لا بد من الإشارة إلى الرجل وإلى المرأة وكذا في الأمانة والمغصوب إذا كانت هذه بمنزلة الأعيان أجيب بأن المدعى بها نفس النكاح الذي هو الفعل والغصب وذلك لا يحتاج إلى الإشارة لأنها من الأفعال وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة إلى الرجل والمرأة إذ كل خصم والإشارة إلى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لأن الإشارة إذا لزمت لا فرق بين كان ضمنا أو قصدا أجيب بأن شهود القاضي الكاتب فالحق أن الإشارة لا تلزم من الأصول إلى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى بالاسم الخاص والنسب والشهرة فإذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر إن شاء الله تعالى فلتكتب فيهما كما كتب في الدين والعبد ويقبل في العقار أيضا إذا بين حدوده الأربع لأن التعريف يحصل به ولا يقبل في الأعيان المنقولة كالحمار والثوب والعبد للحاجة إلى الإشارة فيها وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق في العبيد لأنه يخدم خارج البيت فإباقه متيسر لمساس الحاجة فيه جوازه بخلاف الأمة لأنها تخدم داخل البيت فلا يتيسر لها ما تيسر له وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل من الدواب والثياب والآثار وعليه المتأخرون ونص الإسبيجابي على أن الفتوى عليه وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول فإن المانع منها ما كان لحاجة إلى الإشارة في الأعيان وهي غائبة في بلد المكتوب إليه ولا شك أن في الدين أيضا لا بد من الإشارة إلى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اكتفي باسمه وشهرته في الإثبات عليه وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه وما ذاك إلا لأن عند القضاء من الثاني تتحقق معنى الإشارة والتعيين وتعيين ذلك بأمره والصور فصورة الدين إذا شهدوا على فلان بن فلان الفلاني أن يكتب كما ذكره الحسن في المجرد من فلان قاضي كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فإني أحمد إليك الله الذي لا إله إلا هو أما بعد فإن رجلا أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر أن له حقا على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجرد ويقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني لا بد منه كما سنذكره وسألني أن أسمع بينته وأكتب إليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فأتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان بحليتهم ونسبهم فشهدوا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهما

ويقبل في العقار أيضاً لأن التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون رحمهم الله

حالا وسألني أن أحلفه بالله ما قبض منها شيئاً ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيء منها فحلفته بالله الذي لا إله إلا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وإنها عليه فسألني أن أكتب له كتاباً إليك بما استقر عندي من ذلك فكتبت إليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهوداً أنه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود وقال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه فإن ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان من فلان قاضي كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه إلى المدعي فإذا أتى به المدعي إلى القاضي الذي بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضي إليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي أن يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم فإذا حضر وأقر أنه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فإن أنكر قال له جئني بالبينة أن هذا فلان بن فلان الفلاني فإذا جاء بها وعدلوا سمع بينة المدعي على أن هذا كتاب القاضي الذي ذكر فيقول لهم اقرؤا عليكم ما فيه فإذا قالوا أقرأه علينا وأشهدنا أن هذا كتابه وختمه فإذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فإذا عدلوا فكه حتى يحضر الخصم فإذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه فإن أقر ألزمه إياه وإن أنكر قال ألك حجة وإلا قضيت عليك فإن لم يكن له حجة قضى عليه وإن كانت له حجة قبلها وإن قال لست أنا فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال بل هو آخر قال له هات بينة أن في تلك الصناعة أو القبيلة رجلاً ينتسب بمثل ما تنتسب إليه إلا أن يشك ما شهد به فإن جاء ببينة على أن في تلك الصناعة أو القبيلة من ينتسب بمثل ما انتسب إليه أبطل الكتاب وإن لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه يقضي عليه انتهى فقد علمت أن التعيين الذي هو المقصود بالإشارة يحصل بآخره إلا أن تحصيل القضاء عليه وفي هذه الصورة مواضع وإن كانت ظاهرة منبه عليها منها قوله في شهود الكتاب منهم فلان وفلان وتحليتهم ونسبهم لم يذكر تسمية عدالتهم ولا بد منها وقالوا لو كتب أقام شهوداً عدولاً ولم يسمهم بالعدالة أو سكت عنهم ولو اكتفى عن تسميتهم عندي لا بد أن يقول أحرار عدول إذ لم يسمهم والذي يظهر من كلام محمد غير أنه لا بد من تسميتهم وتسمية كل منهم ومصلاه وحرفته إن يجد فيها آخر ومزاره ما المزارع والمقصود تتميم تعريف الشهود ثم ذكر أنه عرفهم بالعدالة أو عدلوا لأن إذ أحضره الشاهد ... له مطعن فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم ليتمكن من الطعن إن كان وإلا فيقول سموهم لي فإنه يمكن فيهم طعن ومنها قوله إلى فلان قاضي كورة كذا التاريخ إذا كان القاضي بوجه إذا كان لها قاضيان لا يصح منهما قوله في المدعى يقال له فلان بن فلان يتم التعريف في قولهما وعنده لا بد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وإن ذكر اسمه ولم يذكر اسم الأب لكن نسبه إلى قبيلته أو فخذه فقال فلان التميمي وما أشبهه لا يكون معرفاً بالاتفاق وإن كان مشهوراً لا يحتاج لهذا إلى هذا وقيل لا بد أن يذكر ادعى المدعي أنه غائب عن هذا البلد مسيرة سفر لأن بين العلماء اختلافاً في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي فجماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسيرة السفر وبه قال الشافعي وأحمد وفي جمع وحكى الطحاوي وسنده عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول أبي يوسف

قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية

ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب ابي حنيفة انه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود وليس بلازم بل هو اولى كما قال بعضهم وعند ابي يوسف الظاهر انه لا يشترط الختم حتى يقبل شهود الكتاب وفيه خلاف سنذكره وان كانت دارا قال ادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على رسم التمام ولو ذكر ثلاثة حدود وكفى استحسانا خلافا لزفر ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد الآبق من قاضي مصر بعد العنوان والسلام شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي وقد ابق الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق وشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سنذكر فاذا وصل فعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب ودفع العبد الى المدعي من غير ان يقضي له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا بنفس العبد الذي من المدعي ويجعل خاتما من الرصاص في عنق العبد ولا حاجة الى هذا الا لدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقته فاذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهد شاهدين على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب اليه فعل ما فعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعي ان يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا قضى له وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضي للمدعي لان الخصم غائب لكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقضي به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصورته في الجواري كما في العبد الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يبعثها على يد امين لاحتمال انه اذا استخدمها المدعي يطؤها لاعتقاده انها ملكه قال في المبسوط ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا هذا فيه بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه قهرا او يستغله فيأكل من غلته قبل ان يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره والذي ينبغي ان ضم محمد مع ابي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختار للفتوى الموافقة للوجوه الثلاثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعي باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد ان يجعل من قبيل الامة فيجري فيها ما يجري فيها الا ما يبعد ان يجري مجرى اليه وهو انها اذا قالت لست انا فلانة المشهود على انها زوجة المدعي المذكور ولم يقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها ان يدفع الى المدعي ليطأها ❊ قوله ولا يقبل الكتاب اي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين على انه كتاب القاضي فلان الكاتب وانه ختمه وان فيه كذا وكذا لا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذمي لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان في قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة ولضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا بخلاف المحقق في كتاب القاضي وختمه واشترط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن بسند الخصاف الى عمر بن ابي زائدة او عمر قال جئت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضي الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نظره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من اهل البصرة بخمسمائة درهم فقال الرجل نقوم على رأسه ما ذهب بينه الى زيادة فقل له ارسله الى فلان

قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رح آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رح ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رح قول ابي يوسف رح

ونحن منه بجمالة ونعم ما ذهبا اليه وبه قال ابو ثور والاصطخري من الشافعية وابو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستيمان وعلى رسول القاضي الى المزكين ورسول المزكين الى القاضي قلنا الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزم من حجة وهو البينة بخلاف كتاب اهل الحرب فانه ليس بملزم اذ للامام ان يعطيهم ما طلبوه وله ان لا واما رسول فلان المزكي فليست بملزمة وانما الملزم هو البينة وانما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فان غاية رسوله ان يكون كنفسه وقدمنا انه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك الا انه اجيز باجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يخبره باسم قاض ولا غيره فالجواب يجوز ان يكون قال لاياس القاضي بالبصرة والى كل قاض براه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض يرفع اليه ان يعمل به بلا خلاف بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل لواحد من القضاة ان يعمل به واجازه ابو يوسف ايضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم فروع يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه ثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه واصلح الله الامير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير ففي القياس لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولانه لم يذكر اسمه واسم ابيه وفي الاستحسان يجوز للامير ان يمضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي ان يأتي في كل حادثة الى الامير بنفسه ولانه لو ارسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به فكذا اذا ارسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر فشرطنا هناك شروط كتاب القاضي الى القاضي قوله ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله وتخصيص شرائط نذكرها وحاصل ان يشهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد من ان يقرأ عليهم او يعلمهم بما فيه اي باخبار لانه لا شهادة بلا علم المشهود به كما لو شهدوا بان هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهد وا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في الكتاب قول ابي حنيفة ومحمد والشافعي واحمد ومالك في رواية ومن ان يشهدوا انه ختمه ذلك بان يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لا بد ان يكون الكتاب معنونا اي مكتوبا فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لتهمة التغيير ومن هذا قيل ينبغي ان يكون معهم نسخة اخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه بعد ما كان اولا يقول بقول ابي حنيفة وعن ابي يوسف ايضا ان الختم ليس بشرط ايضا رخص في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختاره شمس الائمة السرخسي ولا شك عندي في صحته فان الغرض اذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي ان يشترط الختم لاحتمال التغيير الا ان يشهدوا

قال وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لأنه للنقل لا للحكم **قال** وإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم

بما فيه حفظا قالوا وإن كان الكتاب مع الشهود أن لا يشترط أن يعرفهم بما فيه ولا الختم بل يكفي شهادتهم أنه كتابه مع مد... هم وإن كان مع المدعي اشترط حفظهم ما فيه محفوظا ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أو لا وكذا الشهود أو على أصل الحادثة ولم يكن يكتبه لا يقبل وفي خزانة الفقه يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصر ومن قاضي مصر إلى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي أن يعتمد عدالة الشهود والأصل في الكتاب أن يكون العنوان من فلان ابن فلان إلى فلان ابن فلان ابن فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقد تقبل الكنية المشهورة كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا يجوز في سائر الروايات لأن الناس يشتركون في الكنية غير أن بعضهم يشتهر بها فالعلم للمكتوب إليه أن المكنى هو ذلك الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كذا فإن في الغالب يكون هو واحدا فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل الولاية ولم يشترط أبو يوسف العنوان في الكتاب إذا لم يكن ملفوفا أو كان مختوما وتكلموا في الختم أي في قوله وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم وفي بعض النسخ لم يفتحه إلا بحضرة الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد بالقبول الفتح ولا يحضر وقوله فإنه لا يتعلق به حكم ترتيب الحال أنه إذا وصل المدعي إلى القاضي جمع بينه وبين خصمه فإن اعترف استغنى عن الكتاب وإن أنكر قال له هل لك حجة فإذا قال نعم كتاب القاضي إليك طالبه بالبينة عليه فإذا حضروا وأحضر خصمه إن لم يكن حاضرا شهدوا بحجته أن كتاب القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه وإنما اشترط القراءة الخ بحضور الخصم لأنه أي الكتاب في المعنى بمنزلة الشهادة على الشهادة ولأن القاضي ينقل ألفاظ الشهود ويحتاج إلى أن المكتوب إليه كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارته بخلاف القاضي الكاتب فإنه يسمع من الأصول الشهادة وإن كان الخصم المدعى عليه غائبا لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل وكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع شهادة الأصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا أي الذي قال أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة قال أبي يوسف الاكتفاء بشهادتهم أنه كتابه وختمه ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة في شهود الكاتب للفتح حيث قال فإذا شهدوا أنه فتحه ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف واحترز به عما ذكر في المغني فإنه قال فيه فتحه ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا وقال المصنف وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد أصح يجوز أي يجوز الفتح قبل الظهور أو بعد الشهادة بأنه كتابه أو وجهه المصنف بما ذكر الخصاف من أنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود بأن ارتاب في شهود الأول فيقول زد في شهودك ولا يمكن أداء الشهادة من الزيدين إلا حال قيام الختم **فروع** ولو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي إلى قاضي بلدة فهرب إلى بلدة من كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضي تلك البلدة

وانما يعمله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يعمله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

بما ثبت عنده من كتاب القاضي وكما جوزنا الاول الكتابة يجوز للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكاتب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعه الاول كان لينقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيد لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم قوله وانما يعمله المكتوب اليه هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو ان يكون القاضي الكاتب على قضائه الى ان يصل الكتاب فلو انه مات او عزل قبل ان يصل الى المكتوب اليه او خرج عن اهلية القضاء بجنون او عمى قالوا او فسق وهذا انما يتخرج على القول بانعزاله بالفسق بطل الكتاب وقال ابو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال احمد لان كتاب القاضي كالشهادة على الشهادة ولا يبطل بشهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان كشهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء او مات الاصل بعد اداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة ومنع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل بقراءته لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بالقراءة وبهذا تبين ان العبارة الجيدة ان يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لانه لو وصل قبل شهوده عند المكتوب اليه قراءته لا توجب عليه شيئا فقول المصنف التحق بواحد من الرعايا يعني قبل تمام القضاء ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر غير المكتوب اليه في غير عمله او غير عملهما ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير ان الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه كذا ذكر في ظاهر الرواية وكذا لو مات المكتوب اليه او عزل وولي غيره ولا يعمل الذي قام مقامه عندنا الا اذا كان كتب الى فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وقد قدمناه ها هنا وقال الشافعي واحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما حملوه ومن تحمل وشهد وجب على كل قاضي الحكم بشهادته فصار كما لو كتب به الى كل قاضي يصل اليه وجوابه ان الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وامانته والقضاة متفاوتون في اداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا اردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وامانتهم فكان الكل مكتوبا اليهم معينين ما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد بينا انه اجازه ابو يوسف وهو مذهب الشافعي واحمد ومنعه ابو حنيفة والظاهر ان محمدا مع ابي حنيفة والقول قول ابي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا لكن العموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصده تعيينه سواء ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه او كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا خلاف فيه قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك واحمد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا قلنا ان فيه اي في كتاب القاضي شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولا يقام بها الحد لان مبنى الحد والقصاص على الاسقاط بالشبهات وفي قبول الكتاب سعي في احتيال في اثباتهما وعرف من تقديرنا ان المعنى على عدم الواو في قوله لان

فصل آخر ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها فيهما وقد مر الوجه وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بحضرة الأول أو قضى الثاني فأجازه الأول جاز كما في الوكالة وهذا لأنه حضره رأي الأول وهو الشرط وإذا فوض إليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الأصيل حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح

منها إلى آخره والله أعلم أنك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها التصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها في رجل وامرأة ادعيا ولدا وقالا هو معروف النسب شاهد في يد فلان استرقه في بلد كذا فطلب الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وإن ادعيا النسب ولم يذكر الاسترقاق يكتب بالاتفاق لأنه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسألة الأولى لأنه يريد دفع الرق فهو كدعوى أنه عبده **فرع** هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا إلى قاض آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه ويكتب في الدين المؤجل ويبين الأجل ليطالب إذا حل هناك ولو كان استوفى غريمي دينه وأبرأني منه وأقام عليه بينة وإنما أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال جحد في الاستيفاء والإبراء مرة يكتب وكذا إذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينته وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت فطلبت الكتاب هو على الخلاف ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فاحضرته وقالت للقاضي سل حتى إذا أنكر أقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل هذا الاحتياط

فصل آخر قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص وقال الأئمة الثلاثة لا يجوز لأن المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم وقال صلى الله عليه وسلم لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة رواه البخاري قال المصنف وقد مر الوجه يعني جواز قضائها وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية وقيل هو قوله تقبل ولأن فيه شبهة البدلية ولا يخفى أن هذا إنما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والأحسن أن يجعل كلاهما والمصنف لم ينصب الخلاف فيحتاج إلى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضى وعدم حله والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله كان ينفذ أم لا لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله إلا أن يثبت شرعا سلب أهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والإضافة ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد خلافه ألا ترى أن تصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليهن عدم الفلاح فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق قوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض ذلك إليه فيملكه كما إذا صرح فيه بالمنع فيمتنع منه وهذا لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل ليس له أن يوكل بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث جاز له

قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه

ان يستخلف لانه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم ان الانسان عرض الاعراض فكان المولى له آذنا في استخلافه دلالة بشرط ان يكون المستخلف سمع الخطبة اما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من شرط الافتتاح للجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المامور هناك بان ليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الاول ولذا لو افسد ما هو الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح. هذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما بخلاف المستعير فان له ان يعير بشرطه لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في ان يعمل لغيره وهذا ما قالوا ان من قام مقام غيره ولغيره لا يكون له اقامة غيره مقامه ومن قام مقام غيره ولنفسه كان له ذلك بخلاف الوصي يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة ايضا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز القاضي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف قوله ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى بغيبته فبلغه فاجازه جاز كما في الوكالة اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته او بغيبته فاجازه نفذ لانه حضره رأي الاول وهو الشرط لانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله انه فضولي ابتداء او وكيل انتهاء ولا يمتنع اذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء وهو كونه ليس مما حضره رأيه واذا فوض اليه الاستخلاف يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل يعني السلطان حتى لا يملك الاول عزله الا اذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله وقال جعلتك قاضي القضاة وهو الذي تتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا وفيه خلاف الشافعي واحمد. قوله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي بعض نسخ القدوري او يكون قولا الخ وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه قالوا انما اعاده لان في عبارة الجامع فائدتين ليستا في القدوري احدهما التقييد بالفقهاء وافاد انه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الائمة وهو ظاهر المذهب لا ينفذ على قول الاكثر ولا يخفى ان لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بانه مختلف فيه او غير عالم فانه اعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به امضاه فربما يفيد ان الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الاول الذي نفذ هذا الآخر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على انه ينفذه واذا كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيده ايضا فانه قال اذا رفع اليه حكم حاكم امضاه وهو اعم من تنفيذه ما اذا كان موافقا لرأيه او مخالفا فانما في الجامع التنصيص عليه اذا كان مخالفا وقوله الا ان يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته اولا فشرط محل الاجتهاد ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة يعني المشهورة مثل البينة على المدعي واليمين على من انكر فلو قضى بشاهد

(وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي

وبعين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في اقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا ثم المراد بالكتاب المجمع على مراده او ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تاويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم امهاتكم الآية لو قضى قاض بحل ام امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا وهذا لا ينبغي فان النص قد يكون ماولا فيخرج عن ظاهره فاذ منعناه يجاب بانه ماول بالمذبوح للانصاب ايام الجاهلية فيقع الخلاف في انه ماول او ليس بماول فلا يكون حكم احد المناظرين بانه غير ماول قاضيا على غيره مع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح عند احد القولين على الآخر بثبوت دليل التاويل فيقع الاجتهاد في بعض افراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد او لا ولذا تمنع نحن نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويجيزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا ايضا وان كان كثير لم يحك الخلاف ففي الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من ادب القاضي قال واما القضاء بحل متروك التسمية عمدا فجائز عندهما وعند ابي يوسف لا يجوز انتهى واما عدم تسويغ الاجتهاد فلكونه مخالفا للاجماع وسواء كان على الحكم وعلى تاويل السمعي او نقيل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روي انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد بالبعض ما دون النصف او ما دون الكل بل الواحد والاثنين والا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه اصلا اذ ما من محل اجتهاد فيه الا واحد الفريقين اقل من الفريق الآخر اذ لا ينضبط تساوي الفريقين ولذا لم يتكلموا فقط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق اهل الاجماع على حكم وخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد مقابلة قول الباقين ثم هذا اعم من كونهم سوغوا اجتهاد ذلك او لا والذي صححه شمس الائمة واختاره ان الواحد المخالف لو سوغوه له لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوه لم يكن المحل مجتهدا فيه قال واليه اشار ابو بكر الرازي لان ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف ثم قال المصنف المعتبر الاختلاف في الصدر الاول يعني ان كون المحل محل اجتهاد بتحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحمل بعض العبارات ضم التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضي ان ينقض القضاء ببيع ام الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكي في هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف يجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن ابي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلفت الرواية عن ابي يوسف وقال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة تبنى على ان الاجماع المتاخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فمن علي الجواز وعمر وغيره على عدمه ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهما لما لم يرفع خلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي ابو زيد في التقويم ان محمدا روى

ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه

عنهم جميعا ان القضاء ببيع ام الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف فى الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف فى الصدر الاول فى كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضى ان يبطله ما قضى به القاضى المالكى والشافعى برأيه يعنى انما يلزم اذا كان قول مالك والشافعى وافق قول بعض الصحابة والتابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار انه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار انه قول مالك والشافعى فلو لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف متصب فيما بين الائمة للقاضى ان يبطله اذا خالف رأيه وعندى ان هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا والشافعى وابا حنيفة مجتهدون فلا شك فى كون المحل اجتهاديا والا فلا لانهم اهل اجتهاد ورفعة وتقدم فى اثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بعض المشائخ حتى ينفذ القضاء باحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الائمة يؤيده ما فى الذخيرة عن الحلوانى ان الاب اذا خالع الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفى حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة اشهر لم تر دما فانها تعتد بعد ثلثة اشهر فاذا قضى بذلك قال ينبغى ان ينفذ لانه مجتهد فيه الا انه نقل مثله عن ابن عمر رضه قال وهذه المسئلة يجب حفظها فانها كثيرة الوقوع ثم ذكر فى المنتقى ان العبرة فى كون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال الا يرى ان القاضى اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته يقتضى حكمه وكذا لو قضى فى حد او قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه فى مختلف فيه لانه لا اختلاف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل فى موضع اشتباه الدليل لان المرأة من اهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت فى المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع فى ابطال شهادة النساء فى هذه الصورة ولو قضى بجواز النكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها فان مالكا وعثمان البتى يشترطان الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضى ان لا يشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كان معارضة معنى للدليل السمعى النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد وينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين التابعين ومالك او بينا وبينهم او احدهم محل اشتباه الدليل حينئذ اذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غيره توقف على كونه بين الصدر الاول ولا باس بذكر مواضع نص فيها اهل المذهب بعينها اذا قضى القاضى بالقصاص بحلف المدعى ان فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة البينة على المدعى واليمين على من انكر مع ان مع مالك ظاهر حديث محيصة وحويصة نذكره فى القسامة انشاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثانى بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لمخالفة الحديث المشهور حديث العسيلة وفى السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت فى ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفى الفصول نقلا من فتاوى رشيد الدين

والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة

الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول ثم تزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان الاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وهو ايضا مذهب زفر ولو قضى في الماذون في نوع انه ماذون فيه نفذ كمذهب الشافعي بعبير تنفقة ولو قضى بنصف المهر فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر وتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجين ودية العمد بناء على قول البعض انه لا حق لهما في القصاص لا ينفذ ولو زنى بام امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكي في الفصول فيمن اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند ابي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق اعتق الميت واحدا منهم بالشهادة لابيه وعكسه ينفذ عند ابي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير ان يقرأها عليهم الميت ايضا والآخر وبصحة النكاح الموقت بايام نفذ ولو عقد امرأة بلفظ المتعة نحو متعيني نفسك عشرة ايام لا ينفذ ولو قضى برد زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا اقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى ان لا يؤجل العنين هذا في القضاء بمجتهد فيه فاما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فرعيات منه واصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء والواقع توقف على امضاء قاض آخر فان امضاه ليس للثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه اعني قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقيل ان يجب للثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين ان يجيزه او يرده لان الخلاف وقع في نفس القضاء وكذا لو قضى المحدود في قذف والاعمى واما قضاء السلطان في امر الاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بانه لا ينفذ محتاج في نفاذه الى ان ينفذه قاض آخر وقيل في مسئلة الحجر في صحة نقض الثاني ان قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه فنفذ قضاء الثاني باطلاقه من الحجر **قوله والاصل** حاصل توجيه ان القاضي الثاني نفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه هو ان اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهادهما وترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض الثاني باجتهاد هو دونه **قوله ولو قضى في المجتهد فيه** الخ مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رواية واحدة وان كان عامدا ففيه روايتان عنه وجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين لان رأيه يحتمل الخطأ وان كان الظاهر عنده الصواب ورأي غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأه فليس واحد منهما خطأ بيقين فكان نافذا لكونه قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاد انه غير حق عبث فيا ثم به لكن

ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول

اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه على جهة فصلى الى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذا هذا وبه اخذ شمس الائمة الاوزجندي وبالاول اخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه ان الافضل للقضاة من الارسال الى شافعي يحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز الا اذا كان القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ ابو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان يخالف رأي الخلفاء الخفي والاكثر الامور وفيها انه الحكم شريح بما يخالف رأي علي كثيرا وهو يعلم ويرى نفاذه كما علم في رد شهادة الحسن له وعن قبله فقيل صح عن عمر انه قلد ابا الدرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي المقضي عليه عمر فسأله عن حاله فقال قضي علي فقال لو كنت مكانه لقضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والرأي مشترك وغير ذلك والتحقيق ان القاضي المرسل لقلبه بان ما يفعله القاضي المرسل اليه مأمور به من عند الله فظنه لبطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله تعالى الثابت في نفس الامر لكن القطع بان المكلف به تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بمظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد اوجب عليه ان يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان ارسال الحنفي اليه ارسالا الى ان يحكم بما امره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه ان الله جوز له ان يقول هذا القول وان يعمل به من افتى به او حكم به عليه واقتصار المصنف على وجه النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينفذ في الوجهين يعني وجه النسيان والعمد لانه قضى بما هو خطأ عنده وقد نص ... جعله ابي حنيفة جوابه بتنبيه تأمل ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط ان الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى ان الفتوى على قول ابي حنيفة فقد اختلف الفتوى والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره هذا كله في القاضي المجتهد فاما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه فقال وجه من قال بالجواز ان القاضي مأمور بالمشاورة وقد يقع على خلاف رأيه ووجه المنع قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله اليك الآية واتباع غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح ان المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه ولا يجب الا رضا بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يعمل فيه بشيء هذا ومن فروع اليمين المضافة انه اذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكي عن برهان الائمة يكون الوطء حلالا ولو كان اليمين بكل امرأة ففسخت اليمين ثم تزوج باخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلافا عند ابي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي المنتقى ذكر ان عند ابي حنيفة يحتاج وعند ابي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ ايضا وحيلة ان لا يحتاج في كل امرأة ان يقضي القاضي عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير قيد فيمضيها في حق تلك المرأة وسنذكر في امر الفتوى فيها كلاما آخر

قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق

في باب التحكيم قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك اي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك وكذا اذا قضى باحلال يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة زور وهذا عند ابي حنيفة رح وهو مشروط بما اذا كانت الدعوى بسبب معين للملك والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بان القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه وباقي الائمة ومن المثل ادعى على امراة نكاحا وهي جاحدة واقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين خلافا لهم وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها قضى ببيع امة بشهادة زور بان ادعى على رجل انه باعها امته او انه اشتراها منه حل للمنكر وطؤها اذا اقامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسخ بالبيع والاجارة وفي الهبة روايتان ومنه ادعت ان الزوج طلقها ثلثا وهو ينكر فاقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الائمة اذا كان عالما بكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبية سبيا فكبرا واعتقا ثم تزوج احدهما بالآخر فجاء حربي مسلما واقام بينة انهما ولداه فقضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود وتبين انهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده ولان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذه الفروع مع ابي حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود واجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب انه لا يحل باطنا والوجه في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والاكفاء ومن الاوجه لابي حنيفة رح انه لو فرق بينهما بامر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فبامر الله اولى اذ القاضي مامور بذلك من جهة الله واما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين ينفذ باطنا وان كان احدهما كاذبا فليس بشيء وفي الخلاصة واجمعوا على انه لو اقر بالطلقات الثلاث ثم انكر وحلف فقضى له بها لا يحل وطؤها وان الشهود لو ظهروا عبيدا او كفارا او محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته انت طالق البتة ونوى واحدة بائنة او رجعية فقضى القاضي بانها ثلاث اخذا بقول عمر نفذ القضاء ظاهرا وباطنا بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع راي القاضي عند محمد وعن ابي يوسف رح يتبع راي القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع اشد الامرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فقيها افتاه المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت اخذ بما قضى به انتهى والوجه عندي قول محمد لان اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي رجحه على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا انما منعه من القربان قبل القضاء اما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا قوله ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز اذا كان غائبا عن البلد او فيها وهو مستتر او لا واحد وهو قول مالك واحمد وان كان في البلد غير مختف فلا قولا ان اصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق ان في الستر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا احتج القوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي

وقال ان الحق بالشهود ولقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء

واليمين على من انكر فاشترط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر وقد رويناه من رواية ابي داؤد وغيره وتصحيح الترمذي وتحسينه فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجه توجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره او نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى بها لو اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيبته لفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار وما لم يعلم وجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم عليه ولا يكفي في الحكم بثبوته كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود امر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فيمن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم ادخل لا يحكم بوجود العتق بوجود الشرط بناء على ان الاصل عدم الدخول لما ذكرنا انه جعل شرط الحدوث امر آخر فلم يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وانكر ثم غاب قلنا لان اعتبار الانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل بجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذ حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكرا الا انه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما ان يقر او ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس شيء لان مع حضوره يحتمل ان يقر فيبطل حكم البينة او لا فيطعن في البينة ويثبته او لا الطعن فيقضى عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحكم بالبينة ان ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها ولو اقر بها الرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما لو انكر ثم غاب قول ابي حنيفة لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصا فوجد شرط حجيتها كما لو اقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد انه لا يقضى بالبينة ويقضى بالاقرار وهو قول ابي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق اما ليس له حق الطعن في اقراره وبالقضاء عليه لا يبطل حقا له وقال ابو يوسف اولا ثم رجع حين ابتلي بالقضاء وقال يقضى فيهما جميعا واستحسنه حفظا لاموال الناس واذا علمت انه لا بد من حضوره او حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه احد ثلاثة نائب بانابته كوكيله او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان يكون شخصا يقوم مقامه حكما اي يكون قيامه عنه حكما لامر لازم وتفسير المصنف عليها النائب المسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي نصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى وكذا لو احضر المدعي رجلا غير خصمه ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم انه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصمه ان يقضى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد ان يبعث امينا الى باب

لان احكامهما مختلفة ولو انكره غائب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه

داره فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والا حكمت عليك اما في غير ذلك الموضع فلا وذكر محمد رحمه الله في الجامع
رجل غاب فجاء رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم الغائب وكله الغائب بطلب كل حق له على غريم له بالكوفة والمدعى عليه ينكر
وكالته فاقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة وهذا قضاء على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز القضاء على المسخر
فانه قال ذكر انه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي انه مسخر
فالوجه ان يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه ان في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين
ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام انه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفقود خواهر زاده ولا ينبغي للقاضي
ان يقضي على غائب من غير خصم كما لا ينبغي ان يقضي على الغائب الا ان يمنع هذا الوكيل او الوكيل والفقه المختص به فهو جائز وعليه الفتوى
انتهى والذي يقتضيه النظر ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو
كالقضاء بالحد وفي قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة عجيبة في الفصل الاول من
الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد ان
يسلمها الى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعي ولا يقضي عليه بالتسليم
قال واحال الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من ادب القاضي ولم اجد بما شئت واما الثالث فما اذا كان ما يدعيه
على الغائب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه وهو في عدة صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعيه على الغائب شرطا
لحقه لا سببا لا محالة او قد يكون سببا وقد لا يكون فانه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب قال العم وقد عرف تمامه في الجامع مثال السبب اللازم
لا محالة في ست مسائل ثلث فيما يكون المقضي شيئين وثلث فيما يكون واحدا اما الثلث الاول فاحدها ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد
فاقام البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضي بها في حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب ثبوت ما يدعيه
على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملك والثانية ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة
وانكر الذوب فاقام المدعي البينة انه ذاب له على فلان الف يقضي بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره والثالثة
ادعى الشفعة في دار في يد انسان فقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بكذا
وهو يملكها وانا شفيعها يقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب ومثال الثلث الثاني احدها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف انا
عبد وعلي حد العبيد وقال المدعي المقذوف بل اعتقك مولاك وان عليك حد الاحرار والمولى غائب واقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة
ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو
المدعى على الحاضر وهما سيان والثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فاقام الشهود
البينة ان مولاهما اعتقهما وهو يملكهما تقبل ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن الشهادة والثالثة
رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غائب وحاضر فادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبه مالا وانكر القاتل

فقد يكون ثابتا بانابته كالوكيل او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا يعتبر به في جعله خصما عن الغائب فتعرفه تعلم اهـ

فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا ينتقض بما اذا كان العبد بين حاضر وغائب فادعى العبد على الحاضر منهما ان الغائب اعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه ليصير مكاتبا عند ابي حنيفة واقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة اصلا مع ان اعتاق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة اجيب بان عدم القبول عنده في هذه الصورة لا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضي عليه بالكتابة لان الساكت ان اختار تضمين المعتق ليصير العبد مكاتبا من جهة المعتق وان اختار الاستسعاء يصير مكاتبا من جهة الساكت فكان المقضي عليه بالكتابة مجهولا فلم تقبل واما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون ايضا شيئين وقد يكون واحدا وبيانه في مسئلتين احداهما قال لعبد رجل مولاك وكلني بحملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة والثانية رجل قال لامرأة غائب وكلني زوجك بحملك اليه فاقامت بينة انه طلقها ثلاثا تقتصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وانكر الطلاق تحتاج الى اعادتها او بينة اخرى فالمدعي العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا للانعزال بان وجد بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما اصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلت البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الا ان ما يدعيه على الغائب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل احدها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع انه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلمه المشتري ويريد ان يردها بهذا العيب وانكر البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعي شيئان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما يدعي على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز ان يكون تزوجها ثم طلقها وان اقام البينة على البقاء بان شهدوا انها امرأته للحال لا تقبل ايضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسدا اذا اراد البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فاراد ذو اليد ان ياخذها بالشفعة فقال المشتري له الدار التي في يدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعي شيئان المدعى على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو فسخ بعد الشراء الى الان لا يكون مالكا

قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

بسبب من الاسباب لا تكون له شفقة وانما تكون له الشفقة باعتبار البنات ولا بينة عليه ولو اقام عليه البينة لم تقبل لنفيها لما ذكرنا ولما يكون شرطا فعامة المشايخ فيه على انه لا ينصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته قال لامرأة ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت ان فلانا طلق زوجته واقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء على الغائب وقد افتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندي فيه بانتصاب الحاضر خصما ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء اذ ليس فيه ابطال حق له فصار الاصل ان ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق للغائب قبلت البينة فيه اذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا تقبل **قوله** ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق وهو المسمى في عرفنا حجة وهو الصك ما لحق هنا هو الاقراض وهذا لان في الاقراض مصلحتهم ولان ابقاءها على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابر وفي القرض ابقاؤها محفوظة من ذلك مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصي فانه لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافقه الشهود او لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجثو بين يدي القضاة ذل وصغار فكان اقرارا بالصغار على هذا الاعتبار والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى انه اعم ولاية من الوصي لانها في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانعة من ترك النظر فالظاهر انه انما يقرض ممن يأمن جحوده وعلى هذا قالوا لو اخذه الاب قرضا لنفسه يجوز وان روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز والجواب ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود اصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضي فانه لو لم يجد الشهود لموت او غيبة يقضي بعلمه ويستخرج ولا يخفى ان قدرته هذه انما تفيد مع وجود الملاءة اما لو اعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة ومن هذا قال الخصاف ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم المال حتى لو اختل حال احدهم اخذ منه المال قبل ان يعسر فلا يقدر وكذا لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضي اقراضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه ولنفصله فنقول عندنا وفي قول للشافعي انه يجوز وظاهر مذهب مالك واحمد لا يجوز وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند ابي حنيفة ان يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حد خالص لله من قرض او بيع او غصب او تطليق رجل امرأته او قتل عمد او حد قذف واما اذا علم قبل القضاء في حقوق العباد ثم ولي فرفعت اليه تلك الحادثة او علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرفعت اليه لا يقضي عنده وقالا يقضي وفي التجريد جعل قول محمد مع ابي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضي واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله بسواد

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان الحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما

كان مقلدا للسابق او لم يكن وحاصله انه ان قضى القاضي في القسامة بالنكول لا ينفذ عند ابي حنيفة ومحمد ونص اصحاب الامالي عن ابي يوسف انه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في النوادر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم اعيد الى القضاء فعند ابي حنيفة لا يقضي وعندهما يقضي واما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

باب التحكيم هذا الباب فرع القضاء والمحكم احط رتبة من القاضي فان القاضي يقضي فيما لا يقضي المحكم فاخر عنه ولهذا قال ابو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط واضافته بخلاف القاضي لان حكمه ليس له الا اصطلاح والواقع منه كالصلح او هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى فابعثوا حكما من اهله الآية وفيه نظر واما السنة فما قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فاتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلوة والسلام ما احسن هذا رواه النسائي واجمع على انه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت يهود على الرضى بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروي انه كان بين عمر وابي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فاتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الي فاتيتك يا امير المؤمنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فالقى لعمر وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو اعفيت امير المؤمنين فقال عمر يمين لزمتني فقال ابي نعفي امير المؤمنين ونصدقه وبعلم انه لا يظن باحد منهما في هذه الخصومة الا الانتياد للحق عليهما فقصدا الى الحكم للتبيين لا للتلبيس وفي الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقد روي ان ابن عباس كان يختلف اليه وياخذ بركابه عند ركوبه ويقول هكذا امرنا ان نصنع بفقهائنا فقبل زيد يده وقال هكذا امرنا ان نصنع باشرافنا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وانه ينبغي ان من احتاج الى العلم ياتي الى العالم في بيته ولا يبعث اليه لياتيه وان كان اوجه الناس واما القاء زيد الوسادة فاجتهاد لمعنى قوله صلى الله عليه وسلم اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداءه لعدي بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا باس بالحلف صادقا واحتساب عثمان حين لزمته كان لامر آخر وان اليمين حق المدعي له ان يستوفيها وتسقط باسقاطه قوله واذا حكم

رجلان رجلا او امرأة فحكم بينهما ورضيا بحكمه الى ان حكم جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وسنذكر لهذا تخصيصا ان شاء الله تعالى قوله وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم بان يكون اهلا للشهادة فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي الا ان يحكمه ذميان لانه من اهل الشهادة عليهم فهو من اهل الحكم عليهم وكذا المحدود في القذف والفاسق لا يجوز حكم احد من هؤلاء لعدم اهلية القضاء لعدم اهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى الفاسق ينفذ حكمه وقوله وينفذ حكمه عليهما عطف على جواب المسئلة اعني قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقدمنا ما على الجواب ولو قدم الجبر وقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيد الحصر فيفيد انه لا ينفذ

وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه وإن خالفه أبطله لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح إلا أنه لا يفتى به ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعاً لتجاسر العوام فيه وإن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه مخالف لرأيه ومخالف للنص أيضاً إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لا تعقله ويجوز أن يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق للشرع

فلو حكماه في عيب بالمبيع فقضى برده على البائع ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يتراضى البائع الأول والثاني والمشتري على تحكيمه فيرده على الأول ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل إلا إذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة إلا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما وإن كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان وإنما اقتصر حكمه ولم يتعد لأنه كالصلح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعاً حتى لو حكما عبداً فعتق أو صبياً فبلغ أو كافراً فأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الإضافة في قوله ولا يجوز تحكيم العبد إلى آخره من إضافة المصدر إلى المفعول ولو اعتبرت إلى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كما يجوز تحكيم الذمي ذمياً ليحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما إذ هما الموليان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هنا وإذا نفذ حكمه لزمهما لصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما فقط لأنه قد لا يكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس لأحد أن يرجع **قوله** وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه لأنه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه على ذلك الوجه بعينه وإن خالفه أبطله وقال مالك وابن أبي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله إلا أن يكون جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له بخلاف المولين له فإنه لهما ولاية على أنفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لأنه لم يحكمه ولأن تقليدهما بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجتهدات فكان للقاضي أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا وبهذا يبين لك أن المراد من قوله وإن خالفه أبطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم إبطال القاضي إياه بل جواز أن يبطله وأن ينفذه وعبارة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص وهذه إحدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف قال شمس الأئمة في شرح أدب الخصاف من أصحابنا من قال هذا في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس فأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف أطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لأن حكم الحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولأنهما يندرآن بالشبهات وفي حكمه شبهة لأنه حكم في حقهما لا في حق غيرهما وأي شبهة أعظم من هذا قال المصنف قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو الصحيح وفي الخلاصة قضاء المحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وأروش الجنايات وقطع يد عمداً ودم عمد حالة ما جاز إذا وافق رأي القاضي وعن أبي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناطفي عن أبي بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لأن ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز فكذا إذا حكم فيه لأنه من حقوق بني آدم وتوجيه المصنف لأنه لا ولاية لهما على دمهما فكذا لا يملكان الإباحة يعني لو قال الشخص اقتلني لا يبيح أمره ولا يحل للآخر قتله بأمره وهذا لأن المقتضي عليه هو الأصل في التحكيم والآخر أعني الطالب تبع فكون أحدهما وهو الذي شخصه ليس قوي يملك أن يستوفيه بلا حكم لا يقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى

ولو اخبر باقراره احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراي والله اعلم بالصواب

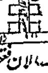
يعني الآخر والآمر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به وفيها روي عن اصحابنا ما هو اوسع من هذا وهو ان صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فافتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامساك المرأة المحلوف بطلاقها وروي عنهم ما هو اوسع من هذا وهو انه اذا استفتى اولا فقيها فافتاه ببطلان اليمين وسعه امساك المرأة فان تزوج اخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فافتاه بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عملا بفتواهما وفي الذخيرة فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح ببطلان التثليث يجوز وكذا ان حكم بذلك محكما يجوز ولا يفتي بهذا المعنى لما فيه من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يترك لها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز ثم قال المصنف وحكما في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله فان القاضي يرده ويقضي بما هو الحق وهو كونه على العاقلة لانه يخالف رايه والنص وهو حديث حمل بن مالك الا اذا ثبت القتل اي قتل الخطأ باقراره فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجب الدية في ماله وعلى هذا التفصيل ارش الجراحات ان كانت بحيث لا تتحملها العاقلة بل تجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا وان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كان بحيث تتحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه لو قضى على الجاني خالف الشرع او على العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه قوله ولو اخبر يعني الحكم لو قال لاحدهما اقررت عندي او قامت عندي بينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت بهذا فانكر المقضي عليه ان يكون اقر او قامت البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه ما دام المجلس باقيا لان الحكم ما دام تحكيمهما قائما كالقاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا الحكم الا ان يخرج المحكم عن الحكم ويعزله قبل ان يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك او قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما لو عزله احدهما قبل الحكم فصار كالقاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا قوله وحكم الحاكم سواء كان قاضيا او محكما لابويه ولولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له باطل لمكان التهمة بخلاف ما اذا كان حكم عليهم يجوز لانتفائها قوله ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الراي وانما رضي الخصمان برايهما فلا ينفرد احدهما ثم لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من العزل فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه حتى اشهدا على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكم شاهدان ثم مات الشاهدان او غابا فسال المدعي الحكمين ان يشهدا على شهادتهما لم يجز لانهما ما حكماهما فلا يجوز ان يشهدا على شهادتهما واذا اعترف احد الحكمين لا ينفذ ولو حكما عبدا او حرا لم يجز ولو حكم مسلم ومرتد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد او لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو امر الامام رجلا ان يحكم بين الناس وهو ممن يجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي ولو امر القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام الا ان يجيز بعد الحكم اي تراضى بها الرجلان بعد الحكم ولو حكما رجلا فاخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعد ذلك بينهما فاجازاه جاز

مسائل شتى من كتاب القضاء قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة معناه بغير رضاء
صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة
فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه يتصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يزل المنع والاصل
عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق في
عارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه

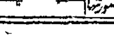
وليس للحكم ان يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فاجاز القاضي لم يجز الا ان يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي ان يكون
كالوكيل الاول اذا اجاز فعل الوكيل الثاني ولو حكماه واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا
عنده وان كان جورا ابطله وكتاب الحكم الى القاضي وقلبه لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضي به الخصمان حكم بمقتضى الكتاب
مسائل منثورة من كتاب القاضي قوله واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه
كوة عند ابي حنيفة رح اي بغير رضاء صاحب العلو وكذا ليس له ان يدخل فيه جذعا والاتفاق على ان ليس له ان يهدم سفله لما فيه من
ابطال حق صاحب العلو وسكناه العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه او
يضع عليه جذعا او يشرع كنيفا والكوة بفتح الكاف ويقال وتد يتد وتدا من حد ضرب قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة
لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه فلا خلاف بينهم وقيل بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك فما لا شك في عدم ضرره كوضع
مسمار صغير او وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي ان يمنع اتفاقا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار او السقف
فعندهما لا يمنع لان الاصل هو الاباحة لانه تصرف في ملكه والحظر لعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع لان اليقين لا يزول بالشك
كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسخه وعنده الاصل الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق
محترم للغير ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستاجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف
فيه وذكر شيخ الاسلام عن بعضهم ان على قول ابي حنيفة رح صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يضر بالسفل والا
لا يملك بالاتفاق وقال الصدر الشهيد خلافه في الاشكال وذكر قاضي خان لو حفر صاحب السفل في ساحته بئرا وما اشبه ذلك
عند ابي حنيفة رح له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلمت ان ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه
يجبر على بنائه لانه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبده المديون وهذا
اصل لكل من اجبر على ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر شريكه فهو متطوع لان له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في
الفعل كنهر بينهما امتنع احدهما عن كريه وكرى الآخر او سفينة تخوف الغرق او بيت او دار او حمام او طاحونة فاصلح احدهما او عبد مشترك
جنى ففداه احدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر وان كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر سقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا لانه
لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه مضطرا ليصل الى حقه واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى
يؤدي قيمته واختلفوا ان القيمة تعتبر وقت البناء او وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة
والحمام ما ذكرنا اذا كان يمكنه قسمة الساحة فيبني في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وذكر الخصاف انه يرجع بما انفق وهذا اعتبار
في غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب ان لا يضمن لو علي بناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر اما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء
فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا
وفي فتاوى النسفي داران متجاورتان سطح احدهما اعلى ويسيل ماء العليا على الاخرى فاراد صاحب السفلى ان يرفع سطحه او يبني

قال واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها

عليه ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسييل مائه الى طرف الميزاب وان انهدم السفل او هدمه المالك ليس للآخر ان يجبره لا يجبر مالك العلو لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى ففرق بين العلو وبين حق التسييل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى احدهما فللثاني ان يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الاقضية حائط مشترك اراد احدهما نقضه وابى الشريك ان كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدماه واراد احدهما ان يبنيه وابى الآخر ان كان اس الحائط عريضا يمكنه ان يبني حائطا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسيره الجبر انه وان لم يوافقه الشريك وانفق على العمارة ورجع على الشريك بنصف ما انفق وفي شهادات فتاوى الفضل لو هدماه وامتنع احدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع الانتفاع ما لم يستوف نصف ما انفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى فلو حمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابي الفضل ما انفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهر فليكن هو المحمل وهذا لانه لما كان مضطرا في البناء كان له تضمين صاحبه لذلك غير انه ليس متطوعا في ترك مراجعته له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع الى القيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدمه احدهما باذن الشريك لا شك انه لا يجبر الهادم على البناء ان اراد الآخر كما لو هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل اراد ان يهدم داره وللجار منع من ذلك ان كان فيه ضرر لانه تخرب السكة المختار انه لا يمنع فلو هدم بعد ذلك فان كان بغير رضى الجار وكان قادرا على البناء يجبر على البناء قيل الصحيح انه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم دار جاره لم يضمنه قوله واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة اخرى مستطيلة وهي غير نافذة يعني المتشعبة فليس لاحد من اهل الزائغة الاولى اذا كان له جدار في الزائغة المتشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا يخرج منه الى الزائغة المتشعبة وهذه صورتها



والذي يمكنه ان يفتح بابا في الزائغة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائغة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولا حق لاهل الزائغة الاولى في الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص وكذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها وبخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة ولا خلاف ان له ان يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع جداره وله ان يرفعه كله فكذا ان يرفع بعضه والاصح انه يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعي بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون تركيب الباب يجعل لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب فلو كانت منشعبة مستديرة فلهم ان يفتحوا لان الكل منهم حق المرور اذ هي ساحة مشتركة غاية الامر ان فيها اعوجاجا ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها وهذه صورتها



وفي

حق الشفعة بخلاف النافذ لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره وقيل الصواب المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي

الحيطان رقاق غير نافذة اراد انسان ان يبني من اهله ان يتخذ طينا ان نترك من الطريق قدر المرور للناس ويرفعه مرتفعا ويفعل في الا ما بين مرة لا يمنع منه وكذا لو اراد ان يبني اربا او دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة ولو استاذن رجلا في وضع جذوع على حائطه او حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الاذن دار المشترى ان يأخذه برفعها الا اذا شرط بقاؤها عند البيع وكذا لو كان نصب اعمدة ملاصقة بجدار الرجل متقابلة لبابه ونصب عليها وعلا وجه وان حقيقة للمشترى ان يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو ان لرجل حائطا ووجهه في دار رجل فارادا ان يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل او انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فاراد ان يدخل لنقل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار وله مجرى ماء في داره فاراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له اما ان تتركه يدخل ويصلح ويفعل او تفعل بمالك كذا روى عن محمد وبه اخذ الفقيه ابو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم ان يربطوا الدابة فيها وان يضعوا الخشبة على وجه لا يضر بصاحبه وان يتوضأ بحيث لا يطاق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها احد لا يضمن ولو حفر الارض يؤمر ان يسويها وفي ادب القسمة الاصل قبيل باب قسمة الدار رجل اصابه ساحة في القسمة فاراد ان يبنيها ويرفع بناءها دارا والآخر منعه وقال تسد علي الريح والشمس له ان يرفع بناؤه وله ان يتخذ فيها حماما او تنورا وان كف عما يؤذي جاره فهو احسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا او كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة ان يبني في ملكه ما يستره به ولو اتخذ بيرا في ملكه او كرباسا او بالوعة فتر منها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكى عن ابي حنيفة ان رجلا شكا اليه من بير حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البير بالوعة ففعل فنجست البير فكبسها صاحبها ولم يفت بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني وفي مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ولا يأمنون على الرمال ليس لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي واحمد ولو حفر في داره بيرا فترنها حائط جاره ليس له منعه قال في فصول العمادي نقلا من الذخيرة بعد ان نقل عن نصير بن يحيى ان للقاضي منع الجار من ذلك وذكر غيره تمسكهم بقول صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه لظاهر الرواية لان صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة قبل اذ اشتغل الهواء بالبناء فانما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكا ولا منفعة فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فاراد قطعها لا يمنع من ذلك ن النضره

انحق فى القضبوى بتركيب الباب وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فانهما لم يفتحا بابا لان لكل
واحد منهم حق المرور فى كلها اذ هى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون فى الشفعة اذا بيعت دار منها

وان تضرر به الجار لمنعه من ذلك الانتفاع ولتصير هذه المسألة رواية فى مسألة لها فى الكتب رواية وصورتها
بالفارسية فى الذخيرة وغيرها حاصلها بالعربية داران لرجلين لكل منهما سقف واحد فاراد احدهما
ان يرفع البناء ويجعله ذا سقفين قال فى الفتاوى الصغرى ان كانا فى القديم لسقف واحد فللآخر
ان يمنع وان كانا ذا سقفين فليس له منعه قال وحد القديم ان لا يحفظ اقرانه وراء هذا الوقت كيف كان
قال فى الخلاصة فلو اقام احدهما البينة على انه قديم والآخر محدث فبينة القديم اولى قال ولا تقبل
شهادة اهل السكة فى هذا قال فى الذخيرة ينبغى ان لا يكون له المنع على هذه المسألة لان صاحب البيت
الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان فى
هذه المسألة وهى مسألة البيت يريد ان يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الاصلية وفى مسألة الاصل يمنعه عن الشمس
والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى واما قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك انه عام مخصوص للقطع
بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو مواظبة طبخ يتضرر به دخان فتح جيرانه خصوص
اماكن فيتضرر به جيران لا يطيقون لفقرهم وحاجتهم خصوصا اذا كان فيهم مريض يتنفس به وكما ربنا بك
من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد ان يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدى الى هدم بيت
الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفى الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا ان الدار اذا كانت مجاورة للدار
فاراد صاحب الدار ان يبنى فيها تنورا للخبز الدائم او رحى للطحن او مدقة للقصارين يمنع منه لانه يتضرر به
جيرانه ضررا فاحشا قيل اجمعوا على منع الدق الذى يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى
من ذلك والحاصل ان القياس فى جنس هذه المسائل ان يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقا
لانه متصرف فى خالص ملكه وان كان يلحق الضرر لغيره لكن يترك القياس فى موضع يتعدى ضرره
الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم
وما يوهن البناء سبب له او يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية
على ما ذكر فى الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه فاما التوسع الى منع كل ضرر ما فيسد به باب
الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ما ذكر ابو الليث فى فتاواه حجرة سطحها وسطح جار مستويان
فاخذ جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو اراد ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة
ان كان اذا صعد يقع بصره فى دار جاره له المنع وان كان لا يقع لكن تقع اذا كانوا على السطح ليس له المنع قال
فى فصول العمادى وعلى قياس المسألة المتقدمة وهى ان لا يمنع صاحب الساحة ان يفتح صاحب العلو كوة
ينبغى ان لا يقال فى هذه للجار حق المنع من الصعود الا ترى ان محمدا لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب

قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف **قال** ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها

البناء عن فتح الكوة في علوه مع انه يفسد ويقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ جاره ببناء السترة ان يشاركه في بنائها الا ان يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دار بين رجلين قسماها وقال احدهما ليس حاجز بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان احدهما يؤذي الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي ان يأمرهما بان يتخذا بنفقة بينهما حائطا كل منهما بفعله القاضي للمصلحة ونظيره ما في فتاوى ابي الليث رجل في داره شجرة فرصاد فاذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه او اذاه وقال في الذخيرة وعلى قياس مسئلة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى ولقد احسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال المختار ان المرتقي يخبرهم وقت الارتقاء مرة او مرتين حتى يستروا انفسهم لان هذا جمع بين الحقين **قوله** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى ونقل في النهاية عن بعضهم انه اراد بالدعوى مقدرا معينا كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والد ظهير الدين انه كان يقول الصلح عن الدعوى قال انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لابتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فاصطلحا على مال وفيه الصلح مع ان اليمين لا يتصور في النكاح عنده فالحق ان الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى او لم تصح ولذا قال المصنف رحمه الله والمدعى وان كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة يعني وهو المانع **قوله** ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت يعني ذكر وقتا عينه كقوله منذ شهر وسلمها الي فملكتها وهي الآن في يده وطالبه بدفعها الي فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فجحدها عني فاشتريتها منه واقام بينة فشهدوا وارخوا وقتا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كانه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فاثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان متناقضا ولو شهدوا انه بعدها تقبل لوضوح التوفيق الذي وقفه ولو ادعى الهبة يعني وارخ فطولب بالبينة فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها توفيقا لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ كانه يريد نسخ الاصل لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملك الواهب عنده بادعى عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لامكان الحمل على ما ينتفي به التناقض وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى اذا امكن التوفيق وان لم يوافق المدعي وشاهده وما ذكر في رجل ادعى دارا في يد رجل انها داره اشتراها

دار رجا

ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه قال ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انه زيوف

من ابيه في صحته وهو ينكر واقام المدعي على ذلك بينة ولم يتبرك او لم يقم بينة وحلف المدعى عليه ثم اقام بينة انه اشهاد ان ورثها من ابيه قبل القاضي بينته ولا يكون دعواه الارث تناقضا ولو ادعى الارث من الاب او لا ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك واقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لامكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا امكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعي التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينته الا ان يوفق المدعي فكان التوفيق من المدعي شرطا في رواية وليس شرطا في اخرى وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بعد دعوى المدعي قياس وما قالوا الا يوفق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي ان لا تقبل هذه البينة لانه يدعي شراء ما ملكه بالهبة والتسليم اجيب بان سائر العقود تنفسخ بالتجاحد الا النكاح وهنا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحده وحين اقدم الآخر على الشراء منه فقد رضي بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه **قوله** ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لوجهين احدهما ان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحد كما اذا تجاحدا معا حيث ينفسخ قطعا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ واورد عليه ان مجرد العزم لا يحصل به الفسخ الا يرى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ الجواب بان المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها ونقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة كمن قال لآخر آجرتك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها الى مكان كذا فاخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية وهي في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره في الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي ولا بينة له فعزم اي المشتري الاول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول واراد رده فاحتج البائع الاول بدعواه على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة ان كان بعد تحليف الثاني برده او قبله فلا لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها ان تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجه الثاني التزام ان الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا **قوله** ومن اقر هنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين اما مسائل القبض فاذا اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو ايضا القبض يعني اقر انه قبض من مديونه بدين له اقتضاه منه او ثمن مبيع او بدل اجارة او قال غصبت منه او سرقت منه الف درهم ثم قال الا انها زيوف او

صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليها الغش

نبهرجة، وقال بعد نعم هي زيوف او نبهرجة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط اقر الطالب انه قبض ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل ام فصل لان اطلاق القبض يفيده فقوله صدق وهذا بخلاف ما اذا اقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار بالدين لو قال لفلان علي الف درهم من ثمن بيع او قرض او اجارة الا انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان علي الف درهم من غير ذكر سبب تجارة او غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف ايضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام بالتجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة وتمام البحث ان شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي واحمد اذا فصل لا تقبل في جميع الصور لانه لما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله هي زيوف رجوع عن ما اقر به قلنا في مسئلتنا انما اقر بقبض الدراهم وبعض الدراهم لا تختص بالجياد ولان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنبهرجة فاذا قال هي زيوف او نبهرجة كان حاصله انه اعترف بالقبض صح من الدراهم منكرا انه قبض حقه اعني الجياد فيصدق مع يمينه اذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لان الاعم يصدق على كل اخص فاذا نفى الاخص بعينه ما صدق عليه بعينه وانه ما صدقاته الاخرى لم يكن مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوقة او رصاص لا يقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا اما لو اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنبهرجة لانه في هذا مقر بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي الجياد وقال في النهاية جميع المصريين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه لو اقر بالجياد ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما بقي يصدق موصولا لا مفصولا والفرق ان قوله قبضت ما لي عليك وحقي اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما قال علي الف الا مائة اما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال علي مائة درهم ودينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب ان لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع للدراهم وصفة لها فاستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا واما الجودة فقد دخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه اقر بقبض ما عليه كالوزن وكما عليه تسليم الجودة فكانت الجودة داخلة تحت قوله مالي عليك وحقي عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تامل وعندي ان المتامل لشبهة لا يرده وكانه والله اعلم اشكل عليه تبعية الجودة لما ليس في السؤال من انها تبع وصفة للدراهم والصفة ابدا تابعة للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت

قال ومن قال لآخر لي عليك الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بلى لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد بالرد والمقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشتريت وانكر الآخر له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا

الفضة مقصودا فيحصل رده على السائل ان يكون تبعا في الوجود وقد يكون مقصود المتكلم باللفظ وصحت الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كتصحيح الباقي سواء كان تبعا في الوجود له او اصلا مثله وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا وكذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهو شبه المموهة وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقة لا يصدق على ذلك اذا قال مفصولا في الموصول يجب ان يصدق فانه قال في اقرار المبسوط لو اقر انه قبض خمسمائة درهم ماله على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم تكن منها معنى فكان بيانا مغيرا لظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا ففي الستوقة اولى لان الرصاص ابعد منها الى الدراهم وذكر المحبوبي في جامعه مصرحا فقال فاما اذا قال وجدتها ستوقة او رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقدمنا ان القول قول القاضي مع يمينه فلا يمين على الطالب انها كانت جيادا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف احلفه للتهمة

قوله ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء او قال هي لك او قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الاقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثاني فانه يثبت استحسانا لا قياسا بخلاف ما لو اقر سيد للعبد بنسبه لا شأن تكذيبه المقر له ثم اعاد المقر لنفسه حيث لا يثبت عند ابي حنيفة لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للمقر ان يعود ويدعيه فلما لم يبطل بالرد بقي مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن ان يدعيه لنفسه ولو كان الاقرار بسبب المال مثل ان تقول اشتريت مني وانكر له ان يعود فيصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ بانكاره ان كان فسخا من جهته لا يحصل به انفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله ان يصدقه بعد ذلك اما المقر له بالمال فينفرد بالرد فافترقا ونقض في الكافي بانه ذكر هنا ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التحالف قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى ووجه صحيح وتقتضي انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بان مات ولا تركة ان لا يفسخ ويبيع بالجارية فالوجه ما قدمه اولا وهذه فروع ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد ولو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا الوكيل المديون الابراء ثم رده وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد لانه عتاق ومنكرا المقر له اقرار المقر فالمذكور والمعتمد اقرار نفسه كان اقر بقبض المبيع او الثمن ثم قال لم اقبض واراد تحليف الآخر انه قبضه او قال لعبد ان اقر بقبض المبيع لم اقبض او قال هذا لفلان ثم قال هو لي واراد تحليف فلان او اقر بدين ثم قال كنت كاذبا واراد تحليف الدائن انه قبضه لا يحلف في المسائل كلها عند ابي حنيفة ومحمد لانه متناقض ولو كان قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا

ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الإبراء وقال
زفر لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا يرى أنه يقال قضى
بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا إذا قال ليس لك علي شيء قط لأن التوفيق أظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا
على الإبراء لتعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومخالطة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله أنه تقبل أيضا لأن
المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق **قال** ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال
لم أبعها منك قط فأقام البينة على الشراء فوجد بها أصبعا زائدة فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه تقبل اعتبارا بما ذكرنا
ولظاهر الرواية أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر

الاستحلاف ولا يحلف وعند أبي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن أحمد لأن العادة جرت على هذه الأشياء قبل تحققها
احترازا من امتناع القابض عن الإشهاد بعد أن يسلم فيجب أن تراعى العادة وصار كما لو أقر بالبيع وقال كان تلجئة وطلب
يمين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصدر الشهيد الرأي في التحليف إلى القاضي يريد أنه يجتهد في خصوص الوقائع فإن غلب
على ظنه أنه لم يقبض حين أقر واشهد يحلف له خصمه ومن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا إنما هو بالتفرس في الأخصام
والله الهادي **قوله** ومن ادعى على آخر مالا معلوم القدر وما يصح به الدعوى فقال المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي
البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك لو أقامها على الإبراء وقال زفر لا تقبل ونقل عن ابن أبي ليلى
لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب حيث قال ما كان لك علي شيء قط فإذا أقام على أنه قضاه ناقض ولنا أن التوفيق
ممكن لأن غير الحق قد يقضى دفعا للشغب إن لم يكن عليه حق ويبرأ منه ولذا يقال قضى بباطل وأيضا قد يصالح على شيء
فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لأن التوفيق أظهر لأنه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقا لجواز
القضاء والإبراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الإطلاق يقتضي قبول البينة إذا احتاجت إلى التوفيق من غير دعوى
التوفيق وفي بعض المواضع شرط مع دعوى التوفيق وما لم يذكر في بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه
على ما ذكر فيه حتى قال في الأقضية لا ينبغي للقاضي أن يوفق لأنه نصب لفصل الخصومات لا لإنشائها ولأن القاضي لا يدري
ما يوفق به المدعي وفي الفوائد الظهيرية كان والدي يفتي بأن التوفيق إذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كيلا يتعطل
الشرع والتوسط في هذا أن وجه التوفيق إذا كان ظاهرا متبادرا يجب أن تسمع البينة بلا توفيق المدعي كقوله ليس لك
علي شيء ثم أقامها على أنه قضاه ونحوه وإن كان متكلفا لا يعتبره القاضي واقعا ما لم يذكره المدعي والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله
ما لي ثم أنكر فاشتريتها وكذا فيما يأتي في الجارية لم أبعها له ولكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرأني من العيوب فإن
هذا في الحقيقة تلقين للحجة هذا فلو زاد على ذلك فقال ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك أو قال ولا رأيتك أو ولا جرى
بيني وبينك مخالطة ولا خلطة ولا أخذ ولا إعطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء
أو الإبراء لم تقبل لتعذر التوفيق وذكر القدوري عن أصحابنا أنها تقبل أيضا لأن المحتجب أو المخدرة قد تؤذى بالشغب
على بابه فيأمر بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك وأمكن التوفيق فعلى هذا قالوا يجب التفصيل وإن كان المدعى عليه
ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته وإلا قبلت وفي الثاني لو قال لم أدفع إليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل
أن يقول لم أدفع إليه شيئا وقد دفعته أما لو ادعى إقراره بالدفع إليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لأن المناقض هو الذي
يجمع بين كلامين وههنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي بيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرتاشي وقيل تقبل البينة على الإبراء في
الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة **قوله** ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال لم أبعها منك
قط فأقام المدعي البينة على شرائها إياها منه فقبضها فوجد بها أصبعا زائدة ونحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة

قال وإذا كان ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا إن شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الإقرار لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق وكذا الأصل في الكلام الاستبداد وله أن الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

يعلم أنه كان سفيها البائع وأراد رده فأقام البائع بينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل وعن أبي يوسف تقبل اعتبارا بما ذكرنا يعني التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين أصحابنا في الجامع الصغير وإنما حكاه الخصاف عن أبي يوسف ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكن لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني عن العيب فأبرأني قال شارح ولأن البيع غير البراءة من العيب فجحود أحدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر فيه وجه التوفيق أيضا أن يكون البائع وكيلا عن المالك في البيع فكان قوله لم يكن بيننا بيع صادقا فإقامته البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا والوجه الأول يعم لأنه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك ونظيره ما ذكر التمرتاشي أقام بينة على الشراء وذو اليد منكر ثم أقام المنكر بينة على أن المدعي قد رد البيع قبلت ولا يبطل إنكاره البيع بينة لأنه يقول أخذ مالي ببينة كاذبة ثم استقلته فأقالني ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا ولا يخفى أن كلا من وجهي التوفيق الأول والثالث يدفع هذا **قوله** ذكر حق يعني صكا في آخره بدين قال في آخره ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب إن شاء الله تعالى متصلا بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلان المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصه إن شاء الله تعالى فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله الدين في الأول والشراء في هذا والخلاص وعندهما كل من الدين والشراء باق صحيح وقوله إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه وهو ولاية من قام به وضمان الدرك خاصة وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشيء واحد اتصل به الاستثناء فينصرف إلى الكل للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر ولهما أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق وكذا الأصل في الكلام الاستبداد فكان العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر الصرف إلى الأخير هذا هو العادة وعليها يحمل الحادث لا على أنه قد يكتب للإبطال لغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين أن إن شاء الله تعالى أجري بالاتفاق مجرى الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء إلى ما يليه خاصة للعطف وهما سلما ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد إذ لو كان كذلك لم يتصور وجود جمل متعددة يعقبها استثناء فينصرف إلى الأخيرة لأن وجود الجمل المتعددة إنما يكون بالعطف فإذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بجمل مسوق بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ويستحيل وجود المسألة بل الوجه أن إن شاء الله شرط وحكم الشرط إذا تعقب جملا مسوق بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ولذا لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فمشى أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صور كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله هذا إذا كان إن شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل بينهما ببياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يبطل شيئا اتفاقا وقد أورد أن هذا الكلام يقتضي أنه لو لم يكتب إن شاء الله تعالى لم يبطل شيء ويلزمه صحته لو كانت للمجهول

فصل في القضاء بالمواريث **قال** وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر القول قولها لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيمًا للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضًا ولا يحكّم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضًا

في قوله ومن قام بهذا الذكر فهو في مائه وتوكيل المجهول لا يصح أجيب بأن الغرض من كتابة إثبات رضى المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي فإن المديون عن مباشرة خصومة الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة فإن التوكيل بالخصومة لا يصح إلا برضى الخصم عنده ودفع بأنه لا يفيد على قوله لأن بهذا يثبت الرضى بتوكيل وكيل مجهول والرضى بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضًا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى فإنه لا يصح التوكيل بالخصومة عنده بلا رضى الخصم إلا إذا وجد الرضى بتوكيل وكيل مجهول فيجوز لكن ذكر في كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضى الخصم مطلقًا

فصل في القضاء بالمواريث **قوله** وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته فأنا أستحق في ميراثه وقالت الورثة بل أسلمت قبل موته فلا ميراث لك فالقول قول الورثة وكان الأولى أن يقال بدل قوله القول قول الورثة لا تصدق إلا ببينة لأن العادة أن من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم إلا أن ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم وقال زفر القول لها لأن الإسلام حادث فالظاهر إضافته إلى أقرب الأوقات ولنا أن سبب الحرمان من الميراث ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيمًا للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للحال نعتبره للدفع وما ذكره استصحاب عكس ذلك لأن الاستصحاب يكون من الماضي للحال من الحال إلى الماضي لكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة أنه إذا اختلف الآجر مع المستأجر إذا طالبه فقال كان الماء منقطعًا حكم جريانه في الحال فإذا كان منقطعًا في الحال فعطف على الماضي لدفع استحقاق أجرة الماضي فكذا هذا فالتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فإنه يقع هنا الاستحقاق كثيرًا أو يكون ظاهرًا كأخبار الآحاد وقد يثبت بها الاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول لهم أيضًا ولا يحكم الحال لأنه لا استصحاب للاستحقاق وهي محتاجة إليه أما الورثة فهم الدافعون والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها إلى ما بعد موته فالمسألتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق فإن قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهد للماضي عمل بإثبات الاستحقاق بالاستصحاب فإن به يستحق مالكها أجر الماضي إذا كان جاريًا أجيب بأن هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الأصل إذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلمًا وقد كنت مسلمًا حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضًا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على إسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على إسلامه ولم يجعل الحال حكمًا على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة وأجيب بأنه إنما يصار إلى ما ذكر من الطريق إذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال وأما إذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار إليه إلى تحكيم الحال وإن كان السبب قائمًا حتى أن في مسألة الطاحونة إذا اتفقا شهرين على الانقطاع في بعض مدة الإجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعًا شهرين وقال الآخر شهرًا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعًا كان الماء أو جاريًا في الحال لأنهما اختلفا في جريان مقدر وهو غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسألة

قال ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما لو كان للاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح

الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان او لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام التمرتاشي مسئلة وهي ترد ايضا شبهة على الاصل اعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة انها ابانها في المرض فصار فارا فلها الارث وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها انكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع **قوله** ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم مثلا وديعة فاقر المستودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره فان القاضي يقضي عليه بالدفع اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث الملك له خلافة فهو كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر المودع لرجل انه وكيل المودع بالقبض اي بقبض الوديعة او انه اشتراه اي اشترى الوديعة التي في يده من المودع حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع وملكه في الوديعة الآن اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه فانه اقر له بملكه لما فرغ من ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وان كان قد اقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره اعني المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له ان يستردها قيل لا لانه يصير ساعيا في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والدي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة للذي اقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب عليه الدفع بخلاف المديون اذا اقر لرجل انه وكيل الدائن بقبض ماله عليه فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره اذ الديون تقضى بامثالها والمثل ملك المقر فانما اقر على نفسه حتى يرجع عليه الدائن اذا لم يعترف بالوكالة اذا قدم فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وانكر الابن الاول يقضي بالمال للاول وحده لانه لما صح اقراره للاول على ذلك الوجه انقطع يده على المال فيكون اقرارا على الغير وهو الابن الاول فلا يصح كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب وهو الاول فلا يصح وهل يضمن للابن الثاني شيئا قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئا باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالنبوة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما ادى للابن الثاني الذي اقر له اذا دفع الوديعة لغيره بقضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحمد وفي قول لا يضمن لان اقراره للثاني صادفه ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي ان يضمن المودع للابن الثاني الذي اقر له انه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالاقرار لغير الثاني المغرور بالوديعة ثم اقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في ادب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته قلنا هنا ايضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول بغير قضاء القاضي نصف ما ادى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب

قال وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يأخذ الكفيل والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما إذا دفع الآبق واللقطة إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولأبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان والأصح أنه على الخلاف

ويختلف في اللقطة إذا أقر الملتقط بها لرجل بل يؤمر بالدفع فيه مذكور في اللقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع بخلافه في الابن فلو أقر المودع لرجل أنه أخ الميت شقيقه وأنه لا وارث له غيره وهو يدعيه أو لمن ادعى وصيته بألف مثلا أنه صادق فالقاضي يتأنى في ذلك لأن استحقاق الأخ يشترط عدم الابن بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو مقر على الغير لأنه أقر أنه ليس بخلف عن الميت وإذا تأنى إن حضر وارث آخر دفع المال إليه لأنه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية وإن لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة وإن لم يجد كفيلا أعطاه المال وضمنه إن كان ثقة حتى لا يهلك أمانة وإن كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر أنه لا وارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم بل ترك إلى رأي القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة رحمه الله وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الأقضية وعن أبي يوسف مقدر بشهر هذا إذا قال ذو اليد لا وارث له غيره فإن قال له وارث ولا أدري أمات أم لا لا يدفع إلى أحد منهم شيئا لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من يرث في الحالين دون الحال كالأخ والأب والأم والبنت كالابن ولو ادعى أنه أخ الغائب وأنه مات وأنه وارثه لا وارث له غيره أو ادعى أنه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري أو ادعى آخر أنه زوج أو زوجة للميت أو أن الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا أدري للميت وارثا غيرهما أو لا لم يكن لمدعي الوصية شيء بهذا الإقرار ويدفع القاضي إلى الأب والأم والأخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الأخ إذا انفرد وأما عند الاجتماع ولا يزاحم مدعي البنوة لمدعي الأخوة لكن مدعي هذه الأشياء إذا زاحمه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا بإقرار ذي اليد فمدعي الأخوة والبنوة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو هو موصى له هذا إذا لم تكن بينة على الزوجية والوصية فإن قامت أخذ بها وهل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو صدق ذو اليد ابن الميت وأقر أن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو أن هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عاينا العتق بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لأن ذا اليد أقر بسبب ينتقض قوله وإذا قسم الميراث بين الغرماء أو بين الورثة لا يؤخذ منهم كفيل عند أبي حنيفة رحمه الله وقال هذا شيء احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم كأنه عنى به ابن أبي ليلى فإنه كان يفعله بالكوفة وقالا يأخذ الكفيل أي لا يدفع إليهم حتى يكفلوا والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره أما إذا

وقيل ان دفع بعد ما ثبت اللقطة او العبد بالبينة يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله وهو ظلم اى ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض

اثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق وان قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتانى القاضى سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب او لا يحجب ولو قالوا لا وارث غيره فذلك استحسان ثم ما ذكر من نفس الدفع اذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو فيما اذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة فى ادب القاضى للصدر الشهيد قال واذا حضر الرجل وادعى دارا فى يد رجل انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له واقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا تركها لورثته لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيبه بهذا الوجه معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلثة فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثانى ان يشهدوا انه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضى يقضى بجميع التركة بالاتفاق والثالث ان يشهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضى يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ويأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عند ابى حنيفة ثم انما يدفع الى الوارث الذى حضر جميع المال اذا كان ممن لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه اقل النصيبين عند ابى يوسف وعند محمد اوفى سهما وهو النصف للزوج والربع للزوجة وقول ابى حنيفة مضطرب هذا اذا ثبت الدين والارث بالشهادة فاما اذا ثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صوره ما اذا اقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضى يتانى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو اليق بقول ابى حنيفة وهو ان ينتظر زمانا يغلب على ظنه انه لو كان وارث آخر لظهر وقدره الطحاوى بعام فاذا لم يظهر وارث آخر دفع المال اليه واخذ كفيلا لاحتمال ان يظهر قبل آخر قيل وهذا قولهما وعند ابى حنيفة لا يأخذ وقيل ياخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة ولهما ان القاضى ناظر للغيب اى مامور بالنظر لهم والظاهر ان فى التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع القاضى الآبق واللقطة الى الذى اثبت عنده انه صاحبه اخذ كفيلا للمعنى الذى ذكرناه وهو ان القاضى مامور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه وكذا اذا اعطى امراة الغائب يعنى اذا كانت تستنفق اى تطلب النفقة وزوجها غائب ولى يد رجل وديعة هو مقر بالزوجية فالوديعة فالقاضى يعطيها منها ويأخذ كفيلا ولابى حنيفة ان الحق ثابت قطعا اى فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما او ظاهرا فيما اذا كان موجودا والقاضى لم يكلف بالنظر على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده فلا يؤخره الى زمان التكفيل لحق موهوم ارايت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلما وصار كمن اثبت الشراء ممن فى يده لا يؤخذ كفيل من المشترى بعد ما اثبت

قال وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن كان الذي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وإن لم يجحد ترك في يده ولهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لأنه أمين وله أن القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا تنقض يده كما إذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ

شراء بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي أثبت دينه على العبد بالبينة حتى بيع العبد لأجل دينه وإن كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر للعبد لأن المكفول له مجهول فهو كما لو كفل واحد للغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوجية ثابتة والزوج معلوم فأما الآبق واللقطة ففي أخذ الكفيل روايتان عنه والأصح أنه على الخلاف وقيل إن دفع اللقطة بعلامة أو بإقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع مع العلامة وإقرار العبد بالإباق لا يقال يأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لأنه ليس بخصم ولا يقال يأخذ للميت لأن حقه في تسليم ماله إلى وارثه وقد ثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل فإن قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالإجماع ذكره في الأسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم إنما هو لتوهم وارث أو غريم آخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع إلى الحاضر لقيام الحجة لأن الحجة راجحة على الشبهة فأظهرنا رجحانها في الدفع إليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق التكفيل عملا بالحجتين أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالبينة وليس التكفيل كالتلوم لأن التلوم لطلب علم زائد له ليتم علمه بقدر الممكن فإن التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فإن هذا ليس بشهادة لأنها على النفي بل هو خبر يؤكد انتفاء ظن غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز إلا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف وقوله ظلم أي قول أبي حنيفة يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض أنه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرهم إلى هذا القول بوجوب الأصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا إلى أبي حنيفة ما روي عنه أنه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حمل على ظاهره لكان متناقضا إذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أن ليس كل مجتهد أصاب الحق وإلا لكان الحق متعددا فلزم أن معنى قوله كل مجتهد مصيب أي ليصيب حكم الله بالاجتهاد فإنه تعالى أوجب الاجتهاد على المتأهل له فإذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد رحمه الله لو تلاعنا ثلاثا ثلاثا ففرق القاضي بينهما نفذ وقد أخطأ السنة

قوله وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده إلى أن يحضر الغائب ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن كان الذي هو في يده جحد فأقيمت عليه البينة أخذ منه النصف ووضع على يد أمين وإن لم يكن جحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن ظهرت خيانته بالجحد فلا يترك في يده لقرب أن يتصرف فيه إما لاعتقاده أنها ملكه وأن البينة كذبة أو للخيانة بخلاف ما لو أقر أنها بمال الميت مودع عنده فإنه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان أولى بحفظها ولأبي حنيفة رحمه الله أن القضاء

وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء الخصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين على الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده

انما يقع ولا للميت مقصودا لانه بعد ثبوت انه ماله يقضي به ديونه وتقسيم المال وكونه مختار الميت ثابت مع جحده فلا ينقص من كالمقر ويجوز ان يقدار تفع بقضاء القاضي بها للميت والظاهر عدم عوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي وموت القاضي وعزله قبل ان يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم للندرة فلو كانت الدعوى في منقول وانكر الباقي سجالا فقد قيل يؤخذ منه النصف بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع ابلغ في الحفظ من تركه في يده اذ ربما يتصرف فيه متاولا كما ذكرنا او خيانة بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا اي ولاجل ان المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والبيع ابلغ في حفظه من تركه ملك الوصي بيع المنقول دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير يملك بيع المنقول على الكبير الغائب مع ان هؤلاء ليس لهم ولاية في المال وقيل المنقول على الخلاف الينا عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه وقول ابي حنيفة في هذا اظهر فيه قولهما الحاجة للمنقول للحفظ والحفظ في الترك في يده اتم لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه بانكاره لو هلك يجب الضمان ولو اخذ منه وضع على يد امين لا يضمنه لو هلك لانه غير مضمون عليه انما لا يؤخذ الكفيل على قول ابي حنيفة رحمه الله التي هي في يده اذا ثبت في يد الا انه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا او لا يسمع باعطائه والاخ الحاضر ان طالبه فتقرر الخصومة ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء الكائن في غيبته لان احد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان او عينا فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منصوص وقوله لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة على ما ذكرنا من قريب وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء اي استيفاء نصيبه لانه عامل فيه لنفسه لا للميت فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت فانه يقضي بالكل ولا ياخذ الا نصيب نفسه وقوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة لانه ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة اذا كانت التركة كلها في يده اي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات في المواريث ولو مات وترك دارا وثلثة بنين او ابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا واحد اخواي فلان وفلان قبضا نصيبهما واودعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يد ابيكما فاعلم ان الغائبين قبضا ثلثا معا شائعا واودعاها عندك وانا اقيم البينة انها داري تقبل وذو اليد خصم لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدقا في الارث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض وان كذباه وقالا لم نرثها من ابينا بل ثلثا معا لنا لا بالارث يقال للمدعي اعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال العتابي قال مشائخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة فاما اذا اقتسموها اودع ابنان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والحق هذا بسائر اموالهما

ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شئ والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه
قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع
فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو
مال الزكوة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة
في العشرية راجحة عنده وعند محمد رح لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال
ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك
فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته
ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشئ لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته
ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله

ان الحاضر خصما فيه وما بخلاف ما قبل القسمة لانه بقي على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم
او غير مقسوم او دمه عنده الغائبان وهو مقر بانها وديعة لهما ميراث من ابيهما لم يكن خصما للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون
خصما في ذلك لان الوارث انما يكون خصما للمدعي على الميت في عين هي في يده لا في يد غيره وقال الاستروشني فالحاصل ان احد الورثة
ينتصب خصما عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة واحضر وارثا ليس
في يده ذلك العين لا يسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وان لم يكن في يده شئ من التركة **قوله** ومن
قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم واموال التجارة
ويمسك قوته فاذا اصاب شيئا تصدق بقدر ما امسك واذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين ان يبلغ ما عنده نصابا
او لا لان المعتبر جنس ما فيه الزكوة دون قدره ولذا قالوا لو نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه ان يتصدق به
فان قضى به دينه لزمه ان يتصدق بما يكتسبه بعد الى ان يوفي ولو اوصى بثلث ماله فهو على كل ماله والقياس ان يلزمه التصدق
بالكل وهو بالتبع في مسئلة التصدق قول زفر رح وليست ابي يعني الشافعي وقال مالك واحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابي لبابة
حين قال ان من توبتي ان انخلع من مالي يجزيك الثلث لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم من
نذر ان يطيع الله فليطعه وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة
وما اوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الايجاب ببعضه قال تعالى خذ من اموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا
بناء على ان مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكر في الاصول ان بالاخذ من جنس من الاموال
يصدق انه اخذ من اموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن ان حمله على العموم مخالف
للشرع اذ منع منه في قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييده ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين
الله تعالى اياها بايجاب التصدق منها واما قوله صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه لا
ينافيه لان اخراج ما ذكرنا من اجناس المال طاعة وانما يلزم لو تعبد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث ابي لبابة
ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصد واما الوصية فجريا فيها على سنن ذلك ايضا فلذا لو اوصى
بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفروغ لزينة مع وجود الورثة واما نفاذه
في الكل اذا لم يكن له ورثة فلانها انما يوجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان
في حالة الحيوة الا لقيام حاجته الى حرفة في الحيوة وعدم لتبدائه بنفسه المامور به في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك
ثم بمن تعول فيؤدي الى ضيق نفسه وحرجها وهو قد يكون سببا للمعصية وهذا المعنى ينتفي بعد الموت وقول المصنف ولان
الظاهر انه انما يلتزم الصدقة الى آخره يصلح لتقرير الابتداء المقصص يعني ان العموم وان كان ثابتا لكن هنا معنى

المصنف ههنا

قال ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضا لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله وهي الوكالة وجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لأنه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الأول يفوت لعجز الموصي ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لأنه إثبات حق لا إلزام أمر

قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو والأول سواء لأنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله أنه خبر ملزم فيشترط أحد شطري الشهادة وهو العدد أو العدالة بخلاف الأول وبخلاف رسول الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال

بتخصيصه وهو أن الظاهر من ارسال الكلام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله وعدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة التخصيص وما ذكرنا من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه أيضا من ابداء المخصص وبهذا من الفساد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الأرض العشرية فيجب التصدق بها عند أبي يوسف نعم لأن جهة الصدقة غالبة فيها العشر وروي ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا لأن جهة المؤنة غالبة عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لتمحض الخراج مؤنة ولذا وجب على الذمي والصبي والوقف ولو كان قال ملكي صدقة قيل يجب الكل حكاه أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة وعن نفسه وإليه ذهب محمد بن إبراهيم الميداني لأن في الفتح إيجاب الصدقة في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باعتبار الفاضل عن الحاجة وهذا أيضا يعيدنا إلى التخصيص بذلك المعنى تعليل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في التخصيص إن ثبت مثله في قوله على أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي إلا أن الطحاوي ذكر أنه يجب الكل بخلاف المحلوف به فقال إن فعلت كذا فأنا على أن أهدي جميع ما يدخل فيه جميع ما يملكه وقت اليمين ووقت النذر فيجب أن يهدي ذلك كله إلا قدر قوته فإن استفاد جاز له بمثله انتهى نعم لا إشكال في فصل اليمين بحيث يجب الكل بلا إشكال لأن عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكره على تقدير وقوعه فتح باب إرادة العموم إلا أن هذا ما حمل المخصص المعنى الذي يعم والأعلى جهة لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضا فكان ما يعولهم ليس عليه وقوله على ما مر يريد بوجه الاستحسان ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يعني مال الزكاة يمسك منه قوته فإذا استفاد شيئا تصدق بمثل ما أمسك ولم يقدر محمد مقدارا في أصل الكتاب لاختلاف أحوال الناس من قلة العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار وقيل المحترف يمسك ليوم له وصاحب الغلة وهو من له حوانيت أو دور يجبرها يمسك شهرا لأن يده تصل إلى النفقة بعد شهر وصاحب الضيعة يمسك لسنة لأن غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجر مسانهة أو قسطا فينبغي أن يمسك إلى تمام أربعة أشهر وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك ما يكفيه إلى أن يرجع إليه

ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فالبيع جائز وهو وصي بخلاف الوكيل حتى يعلم وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضا لأن الوصية إنابة

هو معنى الرجوع والإقلاع منه أناب إلى الله واستدل

في تفسير سورة الروم والزمخشري نفسه ليفعل كذا

أبي الطيب ووجه الفرق على ظاهر الرواية بين الوصية

لإضافتها إلى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا

صدور الوصاية استخلاف مضافة إلى ما بعد الموت فلا يتوقف على العلم

يتوقف على العلم كالوراثة لقيام ولاية المنوب عنه ولهذا ينعزل الوكيل بالموت

لأنه إذا أوقفناه على العلم لا يفوت النظر لقيام ولاية الموكل وقدرته وفي الأول

وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا

اذا ثبتت الوكالة قصدا اما اذا ثبتت ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل ان يقول لعبده اذهب الى فلان ليبيعك او لامرأته اذهبي الى فلان ليطلقك او اذهب بعبدي الى فلان فيبيعه منك فذهب واخبر ففعل ذكر محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكر في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احداهما لا يتوقف على العلم وفي اخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون ما يوافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدي فاني اذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال كل من اعلمه بالوكالة جاز به تصرفه بشرط كونه مميزا رجلا كان او امرأة فاسقا كان او عدلا مسلما كان او ذميا وقال الشافعي واحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد اصلا لانها تتضمن عقد الكثير من العقود ولانه تسليط على مال الغير قلنا انه اثبات حق هو حق ان يتصرف لا الزام لانه فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر انها على يديها وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشتري من الكافر واما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند ابي حنيفة رحمه الله لا تثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل او شاهدان اي مخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا او لم يعدلا وجه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وروى الحسن عنه انه لا بد من عدالة المخبر واحدا كان او اكثر وبه اخذ الفقيه ابو جعفر الهندواني فزعم انه مذهب ابي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب ان لا يعلم حالهما الا ان يعلمهما بالفسق وقيل بل هو على اطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة الا ترى ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ فبطريق اولى ان يثبت به وهو الصحيح وجه قولهما ان النهي عن الوكالة من المعاملات وبالواحد فيها كفاية ولابي حنيفة رح ان الاخبار ملزم اي من كل وجه فانه يمنع الوكيل بالتصرف من كل وجه والملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح ان يراد بالملزم من كل وجه ما كان الزاما على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم وما لم يكن ثم الالزام كذلك كان الزاما فيه قصور وهو وجوب الضمان له تعرضنا بالحمل على الالزام من وجه ثم يكفي لاشتراط العدد او العدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فانه لم يكن فيه الزام اصلا فلم يلزم احد شطري الشهادة بخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال فلم يلزم فيه احد شطري الشهادة ايضا لانه صار كانه حضر وشافهه بذلك اجمعوا على ان المخبر بالعزل لو كان رسولا صدق ينعزل قوله وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده الخ في ستة مسائل ذكر محمد منها اربعة في الاصل واثنان في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه اما الثلاث فاحدها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر ان كان رسولا انحجر فاسقا كان او عدلا وان ان كان فضوليا اشترط احد شطري الشهادة فينحجر صدقه العبد او كذبه وان كان فاسقا ان صدقه انحجر والا فالمسألة على الخلاف والثالثة العبد اذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى اعتقه او باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان اخبره واحد بالجناية فكذلك ان كان فاسقا ان صدقه ثم باع او اعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهو على الخلاف عند ابي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها واما اللتان في النوادر فاحداهما الحربي اذا اسلم

ان يكون

قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه **قال** ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل آخر واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشائخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة

في دار الحرب فاخبره انسان بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا او اخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئا منها لزمه قضاؤه الحيون
اجماعا وان كان فاسقا فان صدقه فكذلك او كذبه فعلى الخلاف قال شمس الائمة السرخسي الاصح عندي انه يلزمه القضاء
ههنا اتفاقا لان المخبر له رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الاصول والثانية
الشفيع اذا اخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا ان اخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وان كذبه فهو على الخلاف
فاذا سكت لا تبطل شفعته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر اذا زوجت بلا استيذان فاخبرت
فسكتت فهو على ما ذكرناه من الوجوه **قوله** واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اي لاجلهم ليوفي ديونهم التي على
الميت واخذ المال اي الثمن فضاع عنده ثم استحق العبد او مات قبل قبض المشتري لم يضمن القاضي ولا امينه للمشتري
شيئا لان امين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول
هذه الامانة واذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء يرجع بالثمن على الغرماء او الغريم لان البيع واقع لهم وتصرف
لاجلهم فترجع العهدة عليهم وصار كما اذا كان العاقد محجورا عليه عبدا او صبيا يعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد بمباشرتهما
ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا تصح منهما لقصور الاهلية في الصبي وحق السيد في العبد والاصل
انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العقد واقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم
الا يرى ان القاضي لا يأمر الوصي او امينه بالبيع حتى يطلب الغريم فكذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق لانه عاقد
نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي اياه عنه ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن ثم الوصي يرجع به على الغريم
وكذا لو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فان المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث بما قلنا ان البيع لاجله وهو الذي ينتفع
به فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضي عنه من يقضي دينه فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك وهل يرجع بما ضمن
للمشتري قال المصنف رح قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة لانه
لحقه ذلك في امر الميت فينبغي ان يكون هذا بالاتفاق اعني جواز ان يقال واما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن
ففيه خلاف قيل نعم وقال شمس الائمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد
وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره وفي الكافي الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما ترى

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى اصل واحد وهو ان قول القاضي بانفراده هل تقبل ام لا وهو معزول ام لا اخره

قوله واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل بمجرد
اخباره هذا وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه ابو الليث
روي عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن انه قال لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته وزاد جماعة على هذا وقالوا

قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قد قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا وهو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا

او يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد ان القاضي يشهد وليس معناه الا ان يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بالسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهدا على حكم نفسه وليس معناه ان يشهد انه والا المامور باقامة الحد وهذا يبين المراد اعني ان يشهد القاضي عند السلطان بانه شهد على فلان وفلان ويؤدي ما سنده ولذا اقتصر محمد على حكاية الشهادة من المامور وهذا لان الغلط والخطأ في الحكم محتمل لان التشرع بنفيه ليس الا للانبياء عليهم السلام وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا احتياطا وفيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي لان ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل في التوقف لا الاطلاق فقال الامام ابو منصور ره ان كان القاضي عادلا عالما يقبل قوله لانتفاء التهمة في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم وان كان عدلا جاهلا استفسر فان احسن في بيان سبب حكمه وشروطه وجب تصديقه للعدالة وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما او جاهلا فان الفسق مانع من الركون الى خبره لا الاستفسار وحكمه لتعمد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل لخلوه عن التهمة لان التهمة انما تحقق في اخبار بامر لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة اما اذا كان ذلك ما يقدر على انشائه في الحال فيجعل كانه انشاه في الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى ان الذي يملك انشاءه ليس الا الحكم وهو لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذ ما عين الحكم ان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا ما قال محمد الا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا ومما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم او يشهد مع القاضي عدل على ذلك فاجاز ان يزيد وجها آخر وهو ان العادة ان ينصب في كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الالزام لقلد في كل بلدة قاضيان وقد علمت ان الاحتمال المذكور لا يزول الا بالعلم التفصيلي وهذا انما يتحقق عند المامور الا ان يحضر وقوع السبب او يشهد عنده عدلان انه شهد عند القاضي الآمر فلان وفلان على الوجه الفلاني ويشهدوا اتوفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود وقضاة كانوا او لا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة **قوله** واذا عزل القاضي فقال لرجل الخ صورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل انه اخذ منه الفا بغير حق او قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك للفلان فدفعتها اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية من محمد ان هذا في امر فات فلا بد ان يكون القول للقاضي والا امتنع الناس من قبول القضاء اذا كان تتوجه عليه بعد العزل خصومات في النفس والمال لا تنحصر فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان الاحتياط في ذلك الاحتمال فيه لم يكن القول له على الاتفاق مقيدا بما اذا كان المدعي مقرا بانه فعل ذلك وهو قاض لانهما لما توافقا على ذلك صار كان هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا ولان الظاهر انه لا يقضي بالجور ثم لا يمين على المعزول لانه ثبت بتصديقه في حال قضائه بالتصادق ولو ادعى عليه في حال قضائه فكذلك لا يمين عليه فكذا بعده ولو اقر القاطع المامور والآخذ للمال بامر القاضي بما اقر به القاضي وهو ان القطع منه والاخذ كانت بقضاء الآخذ وامره بالدفع لا يضمن ايضا كالقاضي لانه اقر انه فعله في حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضي المال الى الآخذ معاينا

ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدّق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

للمأخوذ منه في حال قضائه فيصير القطع باقرار المقطوع انه قطع في حال قضائه كالمعاين للحاكم الذي رفع اليه المقطوع واقعة فاما لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله انه فعله قبل التقليد او بعد العزل فالقول بل يحلف [illegible] في حال قضائي ففيه خلاف والصحيح ان القول ايضا للقاضي لانه اي القاضي اضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في حال صحة عقلك فقال بل وانا مجنون وكان جنونه معهودا فان القول له وكما لو قال اقررت لك وانا ذاهب العقل من برسام وهو معهوم انه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الائمة في شرحه للجامع الصغير ان القول للمدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا ذكره شمس الائمة فانه قال فاما اذا زعم اي المدعي انه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا ببينة فالتصحيح يخص ما اذا كانت سواء انه فعله بعد العزل لكنه ذكره تمثيلا [illegible] كون القول للقاضي فانه قال لان الاصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كمسئلة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه [illegible] الاسناد [illegible] سقوطه بخلاف الاول حيث تصادقا [illegible] الى آخر ما ذكره لكن المذكور في حاشية نسخة شرح الجامع الصغير ان القول للقاضي وهو اختيار فخر الاسلام [illegible] الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعده فالقول للموكل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه اخبر عن امر لا يملك انشاءه [illegible] قال [illegible] العتق لرجل قطعت يدك خطأ وانا عبد وقال المقر له بل [illegible] فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال اخذت منك [illegible] من المال بعد العتق [illegible] قبله فالقول للسيد ان كانت [illegible] وان [illegible] لانه اقر بالاخذ ثم بالاضافة [illegible] التمليك عليه [illegible] وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم انه انفق عليه كذا [illegible] [illegible] عند ابي حنيفة وابي يوسف [illegible] باسناده الى الحالة المعهودة المنافية [illegible] [illegible] ولو قال اخذت منك [illegible] [illegible] فالقول [illegible] قوله واذا اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل [illegible] على قضائه [illegible] المقطوع يده القول بل قبله او بعده يضمنان والا يضمن القاضي لانهما اقرا بسبب الضمان وهو مباشرتهما الاخذ والقطع وقول القاضي في ذلك لدفع الضمان عن نفسه بسبب يخصه وهو كيلا يمتنع الناس عن قبوله [illegible] [illegible] لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله ولو كان المال في يد الآخذ قائما [illegible] [illegible] في [illegible] بحسب الظاهر فانه لا يلزم كون القول للقاضي والقاطع والآخذ في صورة التصادق على ان الفعل كان في حالة القضاء [illegible] [illegible] المأخوذ منه مطلقا لانه قد حكم [illegible] فائدة ان ذلك يعني عدم الضمان [illegible] اذا كان المأخوذ [illegible] ما اذا كان

صورة

كتاب الشهادة

قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعى لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعى لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق

لانا نأخذه من القابض سواء صدق القاضي فيما اخذه في حال قضائه او كذبه قال بل قبل التقليد او بعد العزل علله محمد في الزيادات فقال لان الشيء قائم في يده فالمصدق انه اخذه على وجه الحكم قالوا معناه ان القاضي لما اقر بالاخذ يصير شاهدا لغيره بالكلام الثاني وانه بالاخذ صحيح وشهادة الملك الفرد باطلة ولان القابض قد تسبب الضمان من حيث اقرار اليد كانت المأخوذ منه فلا يسمع دعواه التملك عليه الا بحجة وقول المعزول ليس ببينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان والله اعلم.

كتاب الشهادات

ويناسب ان تقدم على القضاء اولى لان القضاء موقوف عليها اذ كان يثبت الحق بها الا انه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه لتقدم المقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف اهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي اشهد برؤية كذا لبعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذي الحق او خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعى والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين من اهل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الانبياء وحكمها وجوب الحكم على القاضي بموجبها ولا يجوز بالكلية ترك لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظائره في الكتاب والسنة كثير وسببية الطلب ثبتت لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو ان سببية الطلب انما ثبتت كيلا يفوت الحق **قوله** الشهادة فرض يعني اداؤها بعد التحمل فانها تقال للتحمل كما يقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوغا الاطلاق في قصد التحمل فيكون معتبرا قطعيا عند عرف اهل المتكلم وانما اراد الاداء في الحديث ويجمع عليه قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا يحتمل ان يراد النهي عن الاباء عن التحمل اذا دعي اليه ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهي لكراهة الاباء عن التحمل كراهة تنزيه ترجيحا لخلاف الاولى لان التحمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه اولى ويحتمل ان يراد نهي من سمي الشهداء عن الاباء وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهيا عن من اتصف بالشهادة حقيقة عن الاباء اذا دعي ولا اتصاف قبل الدعاء الا بالتحمل فيلزم كون النهي عن اباء الاداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ والاداء المفروض لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتحمل ان يذهب اذا دعي الى الحاكم للاداء وقال تعالى ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الاظهار للقاضي وهو الاداء فرضا عليهم لانه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الا به والكتمان الا به ثم اكد سبحانه التحريم بالمعاني التي تتضمنها قوله ومن يكتمها فانه آثم قلبه والتأكيد بكيفية ان نحو رفعها آثم تأكيد واضافة الآثم الى القلب الذي هو اشرف اعضاء البدن وريسها تأكيد في تأكيد لانه هو محل الكتمان فهو محل معصية تمام اينما بخلاف سائر المعاصي التي تتعلق بالاعضاء الظاهرة فانها وان كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو الهم المتصل بالفعل فليست بمحل التمام وهو تمام الا وان الملزم اذا كان مجلس القاضي قريبا فان كان بعيدا فعن نصير ان كان بحال يمكنه الرجوع الى اهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه فلو كان شيخا لا يقدر على المشي فاركبه الطالب لا بأس به وعن ابي سليمان فيمن اخرج الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم حميرا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفي الشعر لانها العادة وهي اكرام الشهود وهو مأمور به وفصل في النوازل بين

والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر

كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ولو وضع للشهود طعاما فاكلوا ان كان هيأه من قبل ذلك تقبل وان صنعه لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيهما وعن ابي يوسف تقبل فيهما لان العادة جارية باطعام من حل محل الانسان من نزل عليه شاهدا او لا ويؤنسه ما تقدم من ان الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الامير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير وعنه الفقيه ابي بكر فيمن لا يعرف القاضي ان عمال القاضي لا يقبلها مرجوان يسعه ان الشهود في العيون ان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه ان يمتنع وان لم يكن او كان لكن قبولها مع شهادته اسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا ادى فاخر بلا عذر ظاهر ثم ادى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن ان تاخيره لعذر ويمكن انه لاستجلاب الاجرة انتهى والوجه ان تقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر او غيره **قوله** الشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لان النهي عن الهتك ثابت لكن شرعية الشهادة على الحد دل على ان الستر ليس بحتم **قوله** صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك كذا ذكره والحديث المعروف في الحديث انه قاله صلى الله عليه وسلم لهزال الذي ذكرها لك في الموطأ عن يحيى بن سعيد بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من اسلم يقال له هزال يا هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك قال يحيى فحدثت بهذا الحديث في مجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال الاسلمي فقال يزيد هزال جدي وهذا الحديث حق ورواه ابو داود عن يزيد بن نعيم عن ابيه ان ماعز بن مالك اتى النبي صلى الله عليه وسلم فاقر عنده اربع مرات فامر برجمه فقال لهزال لو سترته بثوبك كان خيرا لك وكان هزال هو الذي اشار على ماعز ان ياتي النبي صلى الله عليه وسلم ويقر عنده ولم يكن شاهدا الا ان ماعزا رضي الله عنه رجم بالاقرار واخرج ابو داود عن ابن المنكدر ان هزالا امر ماعزا ان ياتي النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره وزاد الحاكم وقال شعبة قال يحيى فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال فقال يزيد هذا هو الحق هذا حديث جدي وقال صحيح الاسناد ورواه ابن سعد في الطبقات وفيه قال في هزال بئس ما صنعت لو سترته بطرف ردائك لكان خيرا لك قال يا رسول الله لم ادر ان في الامر سعة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في رواية ابي هريرة من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة رواه البخاري ومسلم وتلقينه الدرء من رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ماعز ليحصل به الدرء ولانه ظاهر في حثه على الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصا من عموم تحريمه فمن ذلك ما اسند الطحاوي الى ابي هريرة قال اتي بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقيل يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق وروى ابو داود انه صلى الله عليه وسلم اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال بلى فاعاد مرتين او ثلاثا فامر به فقطع الحديث وروي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا الحديث قدمناه في الحدود فان قلت كيف صح لك القول بتخصيص عام الكتاب بهذه وهي اخبار آحاد وايضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن اين ثبت لك ذلك قلت هذه الاخبار الواردة في طلب الستر بلغت مبلغا لا ينحط بها عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الامة لها فصح التخصيص بها او هي مستند الاجماع على تخيير الشاهد في الحدود فثبوت الاجماع دليل ثبوت المخصص واما المقارنة فانما هي شرط التخصيص في نفس الامر وهذا التخصيص الذي ادعيناه هنا ليس كذلك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض في كتاب تحرير الاصول من ان الجمع بين العام والخاص اذا تعارضا بان يحمل على تخصيصه به فاذا وجب الجمع حمله على ذلك تعين الحكم منا بانه كان مقارنا او انها ليست تخصيصات اول كما انا اذا رجحنا في التعارض المحرم على المبيح وثبت بهما تعين حكمنا بان المبيح كان متقدما على التحريم فنسخ حكما لوجوب ترجيح المحرم وان لم نعلم تقدمه بعلم تاريخه وكثيرا ما يقع من بعض متاخرين

الا انه يجب ان يشهد بالمال فيقول اخذ ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن

الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من اصحابنا بان القراءة غير معارضة فلا تثبت التخصيص ومرادهم في تلك الاماكن ما ذكرنا ما كلها فانظر الى مجرد اطلاق قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا فاما اذا قيدناه بما اذا دعوا للشهادة في الدين المذكور اولا اي قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ثم قال ولا يأب الشهداء اي تلك الشهادة اي شهادة ذلك الدين فظاهر **قوله** الا انه يجب ان يشهد بالمال استدراك من قوله مخير في الستر وانه يقتضي ان لا يشهد بالسرقة فتعقبه بما يفيد انه يشهد فيها مطلقا لا مستلزما للحد فقال يجب ان يشهد بالمال احياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول اخذ المال ولا يقول سرق فان الاخذ اعم من كونه غصبا او على ادعاء انه ملكه او وداعة او انه ماله ونحوه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحد به مع ان فيه مصلحة للمسروق منه لانه اذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمان المال ان كان اتلفه **قوله** والشهادة على مراتب اربعة منها الشهادة في الزنا والشهادة في بقية الحدود والقصاص والشهادة فيما سواها من المعاملات والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء اما على الزنا فيعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وروى ابن ابي شيبة حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده ان لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء انتهى وتخصيص الخليفتين يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الاتباع ولان النص اوجب اربعة رجال لقوله تعالى اربعة منكم فقبول امرأتين مع ثلاثة يخالف لما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضة بين عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فبين هذا فيقدم هذا لانها مانعة وتلك مبيحة وايضا فهو تقييد بزيادة قيد وزيادة القيد من طرق الدرء فانه كلما اكثرت قيود الشيء قل وجوده بالنسبة الى ما ليس فيه زيادة تقييد ولان فيها شبهة البدلية ولذا قال لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين الآية ظاهره ان لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون وقد روي عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند اهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود تقبل فيه شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان او رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا او لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاذن وشرط الخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب الا المال وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة الا النجم الاخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط كقول الشافعي رحمه الله قال مالك وعن احمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهم وقصور الولاية حتى انها لا تصلح للامارة ولا تقبل شهادة الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع اسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة وكذا العادة ان يوسع فيما يكثر وجوده بخلاف النكاح فانه مع كونه اعظم خطرا اقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط وكذا قال تعالى في الرجعة واشهدوا ذوي عدل منكم والرجعة من توابع النكاح فالحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المصنف ولنا ان الاصل فيها القبول فابتدأ بتضمين منع مقدمته القائلة الاصل عدم القبول ثم تثبت هذه بوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ واعترض بان المشاهدة والضبط اهلية الاداء لا اهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار ان اهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث وفي النساء في

قال ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس فيتناول الأقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط الأربع ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد إلا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق وأما حكم البكارة فإن شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لأنها تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل وكذا في رد المبيعة إذا اشتراها بشرط البكارة فإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله في حق الإرث لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة لأنه أمر ديني وعندهما تقبل في حق الإرث أيضا لأنه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة

هذا الرجال يعني أهلية التحمل بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن لأحاديث الأحكام الملزمة للأمة فعن هذا قد يقال واسمع اعلم أن جعل الشارع اثنتين في مقام رجل لانتقاصهن الضبط ونحو ذلك بل لإظهار انحطاط رتبتهن عن الرجال ليس بجيد فقد نرى كثيرا من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجل وتشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الأمرين في جنس النساء سلمنا أنه لنقصان الضبط بزيادة النسيان في جنسهن وإن كان بعض أفرادهن أضبط من أفراد الرجال لقوله تعالى أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى لكن ذلك انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق إلا الشبهة فلم تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات والإجماع على قبول الأربع فعلى خلاف القياس وكأنه كيلا يكثر خروجهن **قوله** (وتقبل في الولادة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) مسلمة عدلة حرة والثنتان أحوط وبه قال أحمد وشرط الشافعي أربعا ومالك ثنتين لأن كل ثنتين تقوم مقام رجل ولما كان المعتبر في الشهادة أمرين العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة فيبقى العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن في أول باب شهادات النساء من الأصل عن أبي يوسف عن غالب بن عبيد الله عن مجاهد وسعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه وهذا مرسل يجب العمل به ووجه الاستدلال بهذا الحديث قد اقتصر على أن اللام لما لم يكن اعتبار باقي العهد إذ لا عهد في مرتبة مخصوصة من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فيصح بالواحدة والأكثر أحسن فلذلك وروى عبد الرزاق أنبأنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهري قال مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وهذا مرسل حجة عندنا وهو يشمل ما ذكره المصنف ورواه ابن أبي شيبة وروى عبد الرزاق أيضا أخبرنا أبو بكر بن عبد الله عن موسى بن عقبة عن القعقاع عن حكيم عن ابن عمر قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لا يطلع عليه إلا هن من عورات النساء وله مخارج أخرى قال المصنف ثم حكمها في الولادة شرحناه في الكتاب الطلاق أي في باب ثبوت النسب منه وفي المبسوط لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأتها فاتفق نظري إليها تقبل لأن علم ولو قال تعمدت النظر لا تقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعية وقال بعض مشايخنا إن قال تعمدت النظر تقبل أيضا وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله وأما حكم البكارة فإن شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة فإذا مضت فقال وصلت إليها وأنكرت تريها النساء فإن قلن هي بكر تخير فإن اختارت الفرقة فرق الحال وإنما فرق بقولهن لأنها تأيدت بمؤيد وهي موافقة الأصل إذ البكارة أصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لا في إلزام الخصم وكذا في رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب يريها النساء فإن قلن بكر لزمت المشتري لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الأصل فإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لأن حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن تثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم المبيع وهي بكر فإن لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهي بكر فإن نكل ردت إليه وإن حلف لزم المشتري وأما شهادتهن على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلاة عليه بالاتفاق وأما في حق الإرث فعندهما كذلك وعند أبي حنيفة لا تقبل إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فإنها انفصال الولد من الأم فلا يطلعون عليه وهما يقولان لأن صوته يكون عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعي ومالك وأحمد وهو أرجح

قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته أما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم ولأن العدالة هي المعينة للصدق لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والأول أصح إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح بناء على أن الفاسق من أهل الشهادة عندنا خلافا له وسنبينه إن شاء الله تعالى وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ولأن فيها زيادة توكيد فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنه شهادة لما فيه من معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والإسلام قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولأن الشبهة فيها دارئة وإن طعن الخصم فيهم يسأل عنهم لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لأن القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا

قوله ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل وثالث وجوه التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو قبل شهادته لا تقبل وكذا نقل شهادة صاحبي عند المصنف للاحتمال أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء ولأن العدالة هي المعينة لجهة الصدق وإن الشهادة إخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر إلى نفس المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فإن قيل المنكر أيضا قد يكون عدلا فالجواب أنه يعارضه اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض أو يترجح إخبار المدعي بالشهادة وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس كما في أمراء السلطان والنكت وغيرهم تقبل شهادته لأنه لا يستأجر بشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والأول أصح لأن هذا التعليل في مقابلة النص فلا يقبل إلا أن القاضي إن قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا ويكون القاضي عاصيا وأما اشتراط لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها أي في النصوص بهذه اللفظة قال تعالى وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وأقيموا الشهادة لله وقال عم إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وحاصل هذا أن النصوص وردت بلفظة الشهادة فإن قيل غاية ما ورد بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ فلم يرو من السنة في تكبير الافتتاح إلا بلفظ التكبير لقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير ولم يشترط كذلك لفظ التكبير عند أبي حنيفة فلم لزم في الشهادة قلنا الفرق معنوي وهو أن لفظة الشهادة أقوى في إفادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كأعلم وأتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس لأنها من ألفاظ الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر وقد وقع الأمر بلفظ الشهادة في قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلوة والسلام إذا رأيت مثل الشمس فاشهد فلزم لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فإن تكبير التعظيم وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وأعظم فكانت الألفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظة أكبر وقوله في ذلك كله أي في المراتب الأربعة كما تشترط العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله هو الصحيح احتراز عما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة لأنها خبر كالشهادة على هلال رمضان ووجه الظاهر هو قول سائر الناس ومنهم مشائخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه إفادة اشتراطها بخلاف رمضان فإن اللازم فيه ليس الشهادة بل الإخبار ذكره في الخلاصة في كتاب الشهادات لو أخبر عدل للقاضي بمجيء رمضان تقبل ويأمر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم لا يشترط لفظة الشهادة وشرائط القضاء أما في العيد فيشترط لأنه يدخل تحت الحكم لأنه من حقوق العباد انتهى ولهذا احتاجوا إلى الحيلة في إثبات الرمضانية قالوا أن يدعي عند القاضي بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقر بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود وبذلك يقضي بالمال فيثبت مجيء رمضان أي إثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والإسلام يعني في الشهادة على المسلم وإلا فالذمي يجوز أن يشهد على مثله عندنا قوله قال أبو حنيفة يعني لما اتفق الأئمة الأربعة على وجوب العدالة قال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على عدالة المسلم لأن كل مسلم ظاهر حاله من التزام الإسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على أنه عدل وقال صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف ورواه ابن أبي شيبة

ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع أو يقصد وفي العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح قال وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم إنه عدل معناه قول المدعى عليه وعن أبي يوسف ومحمد أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر إلى تزكيته لأن العدد عنده شرط ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسألة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطؤوا أو نسوا أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق

مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومثل ذلك عن عمر في كتابه الذي كتبه لأبي موسى الأشعري وقدمنا بعضه وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا في قذف أو مجربا في شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن أبي حميد وهو ضعيف ومن طريق آخر حسنه أخرجه البيهقي من طريق غير الطريقين جيدة فإذا كان الثابت ظاهر أحوال العدالة اكتفى بها إذ القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء نعم يزداد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة إلا دليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون قيل وأول من سأل ابن شبرمة بخلاف الحدود والقصاص لأنه وجد فيها دليل طلب الزيادة فيسأل على ما عرف احتيالا للدرء إذ ربما يعجز عن التزكية فيندرئ الحد وهو مطلوب واورد أن الظاهر إنما يكفي للدفع والشهادة توجب الاستحقاق وأجيب بأن الظاهر في الشهادة كالقطع بما لم يكن الوصول إلى القطع ولا بالتزكية والحق أن الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب وأما إذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل فقال أبو يوسف ومحمد لا بد أن يسأل عنهم طعن الخصم أو لم يطعن في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ومن عرف جرحه ردت شهادته وإنما يسأل أو يشك إنما قلنا لا بد من السؤال مطلقا لأن القضاء يبتني على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد أن يثبت عنده العدالة وقد ذكرنا أنك لا يخفى قوة دليل أبي حنيفة على ذلك كونه لا بد أن يثبت العدالة لم يخالف فيه أبو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع ما رويناه عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ولذلك قالوا هذا اختلاف زمان لا حجة وبرهان وذلك لأن الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما وما قيل إنه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود لهم بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفتيا في القرن الرابع فيه نظر فإن أبا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة فكيف أفتى في القرن الثالث وقوله خير القرون إلى آخره إثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الإسلام وحقيقته لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بأن أكثر من التزم الإسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق مجرد التزام الإسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض **فرع** لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم يمض ستة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة **قوله** ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي أسماء الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى أي مسجد محلتهم وينبغي أن يختار للمسألة عن الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يجرح به وما يعدل به غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال موثوقا يكتم من يعرفه في هذه الأوصاف فيكتب إليه ثم هو يسأل عنهم أهل محلته وسوقهم ومن يعرفهم ويكون المزكي صاحب خبرة بالناس مخالطا لهم لا منزويا عنهم فإن هذا الأمر لا يعرف إلا بالمخالطة والمداخلة فإن لم يجد إلا أهل محلتهم يسألهم فإن وجدهم غير ثقات اعتبر تواتر الأخبار عن ابن سماعة عن أبي حنيفة يجوز في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود إذا كانوا عدولا ولا يجوز في تزكية العلانية إلا من تجوز شهادته فيشترط فيها ما اشترط فيها إلا لفظة الشهادة فقط لأن تزكية السر من الأخبار بالأمور الدينية وكل من هو لا يقبل خبره في الأمر الديني إذا كان عدلا كما تقبل رواية الأخبار فإذا قال المسئول عنه هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضي مقبول جائز الشهادة وإلا كتب هو غير عدل وفي فتاوى قاضيخان فإن عرفت فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك ويقول هو الله أعلم إلا إذا خاف أن يقضي القاضي بشهادته

قال وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز إلا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي والمترجم عن الشاهد له أن التزكية في معنى الشهادة لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد أمر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فأما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالإجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فيصرح بذلك ومن لا يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب مستور ثم يرد المستورة مع أمين القاضي إليه كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع المزكي أو يقصد بالأذى وأما العلانية فلا بد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفي شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسؤول عنه القاضي إذ قد يتفق اسم وشهرة ونسبة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول لأنهم كان يغلب عليهم الصلاح ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لغلبة النفوس فيه فتوجب الفتنة وقد روي عن محمد أنه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفي بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهو من أهلها فلا تلزم تلك الزيادة وهذا أصح لما ذكرنا من أن الظاهر الحرية نظرا إلى الدار فيكتفى به ما لم يطعن الخصم بالرق ثم قال أبو حنيفة تفريعا على قول من رأى أنه يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه إذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لأن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم يعني المدعى عليه إذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لأن في زعم المدعي في شهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلا لأن العدالة تشترط في المزكي في الإجماع وعن أبي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تعديلا لكن عند محمد ينضم تزكية آخر إلى تزكيته أي تزكية الخصم لأن العدد عند محمد في المزكي شرط وموضوع المسألة أن يقول هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا أما لو قال صدقوا أو هم عدول صدقة ومعنى هذا وقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما إذا قال هم عدول فالقاضي يسأل المدعى عليه أشهدوا عليك بحق أم بباطل فإن قال بحق فهو إقرار وإن قال بغير حق لا يقضي بشيء **فرع** إذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل إلا إذا طال الوقت قدره محمد شهرا وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر **قوله** وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز إلا اثنان والمراد من رسول القاضي المزكي وهو المسؤول منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذي يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل يكتفى في التزكية بالواحد وكذا في الرسالة إليه الرسالة منه إلى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبه قال مالك وأحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي وأحمد في رواية لمحمد أن التزكية في معنى الشهادة لأن ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها فيشترط فيها العدد كما يشترط العدالة وكذا اشترطت الذكورة في المزكي في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها ولهما أنه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك ما توقف عليه في كل حكم وإلا كان في معنى الشهادة عليها لأنه يبتنى على الشهادة التي يثبت بها الحق فيكون مثلها وإلا فلا يلزم والتزكية لا يستند إليها ثبوت الحق بل إلى الشهادة فكانت التزكية شرطا للإعمال ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالإجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطها في التزكية على أن التعدية تكون بجامع يعلم اعتباره واشتراط العدد في الشهادة أمر حكمي في الشهادة تعبدي وفي المبسوط هو بخلاف القياس وهذا زيادة على كونه تعبديا إذ في القياس يكفي الواحد العدل لأن خبره موجب للعمل للعلم اليقين وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها أي لا يتعدى الشهادة إلى التزكية فهذا الخلاف في تزكية السر فأما تزكية العلانية فيشترط العدد بالإجماع على ما ذكره الخصاف مع أن الوجه المذكور يجري فيه وقدمنا أنه إنما شبهة لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقا ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا والله أعلم

فصل وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك
الشاهد او راه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من
شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع
ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم
الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم
في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليه لان الشهادة غير موجبة بنفسها
وانما توجب بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره

فصل يتعلق بكيفية الاداء وصونه **قوله** وما يتحمله الشاهد على قسمين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم
قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم او فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كان سمع قاضيا يشهد جماعة انه حكم
او راى الفعل كالقتل والغصب وسعه ان يشهد بذلك فيقول اشهد انه باع اشهد انه قضى فلو كان البيع بيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على
الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون بالبيع كالقولي ولا يقول اشهدني لانه كذب وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو اي علم
الموجب وهو ركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا حقيقة لمسوغ الاداء سواه وقوله في اطلاق يعني مطلق الاداء واستدل على تسويغ العلم
للاداء في ذلك بقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فافاد ان من شهد عالما بالحق كان ممدوحا فلزم ان ذلك مطلق شرعا والا
لم يكن ممدوحا وقال عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد فامر بالشهادة عند العلم يقينا فعن هذا صرحوا بانه لو قال له لا تشهد علي بما سمعته مني ثم قال
بحضرته لرجل لك علي كذا وغير ذلك حل له بل يجب ان يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبت
فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فانكر فالذي سمعوا منه هل لهم ان يشهدوا على العيب في الحال والحديث رواه الحاكم
في المستدرك والبيهقي في المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس
قال نعم قال على مثلها فاشهد او دع صححه الحاكم وتعقبه الذهبي بان محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد انتهى والمعلوم ان النسائي ضعفه
ووافقه ابن عدي وفي العناية المذكورة ما يفيد انه مختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشف من وراءه لا يجوز له ان يشهد
ولو شهد وفسره للقاضي بان قال سمعته باع ولم ار شخصه حين تكلم لا يقبل لان النغمة تشبه النغمة الا اذا احاط بعلم ذلك لان المسوغ هو العلم غير ان رؤيته
متكلما بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز وذلك بان يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم انه ليس به احد غيره ولا منفذ
غير الباب وهو قد جلس وسمع الاقرار او البيع فانه يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم في هذه الصورة ونحوه ما في
الاقضية ادعى على ورثته مالا فقالا نشهد ان فلانا المتوفى قبض من المدعي صرة فيها دراهم ولم نعلم ان فيها قدر ما وانها دراهم
وان كلها جياد مما يقع عليه يقينا بذلك فاذا شهدا به جاز وفي الفتاوى اذا اقرت امراة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على
اقرارها الا اذا راى شخصها فحينئذ يجوز واجمل في هذه المسئلة ووضحها في الخلاصة وغيرها كمد الشهادة على امراة سئل ابن محمد بن الحسن ابا سليمان عنها
قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة اما عند ابي يوسف وعند ابي حنيفة يجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وهل يشترط رؤية وجهها اختلف المشايخ
فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهر زاده وفي النوازل قال يشترط رؤية وجهها او شخصها وفي الجامع الاصغر رؤية وجهها وانت تعلم انه لا بد من معرفة
تفيد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت ان التعريف يفيد التمييز لزم ان لا حاجة الى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام خواهر زاده الا اذا لم
يوجد من يعرفها واذا وجد يجري الخلاف المذكور انه يكفي في التعريف عدلان او لا بد من جماعة ويوافقه ما في المنتقى تحمل الشهادة على امراة فماتت
وشهد عنده ان المقرة فلانة جاز ان يشهد عليها بما نقله وفي الخلاصة وفي المحيط شهدا على امراة سمياها ونسباها وكانت حاضرة فقال القاضي
اتعرفانها فقالا لا تقبل شهادتهما ولو قالا تحملنا على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا ندري انها هذه ام لا صحت الشهادة وكلف المدعي
ان ياتي باخرين يشهدان انها فلانة بنت فلان بخلاف الاول لانهما هناك اقرا بجهالة فبطلت الشهادة فهذا كله يفيد ما قلناه

قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رح وعندهما
يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه
من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا

بحكم نفسه وان الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد شاهدا على شهادته لم يكن له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة
غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولهذا لو سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما
حمل غيره وهذا الاطلاق يقتضي انه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له ان يشهد على شهادته لان اداءه ملزم **فروع** كتب الى آخر رسالة من فلان
الى فلان كنت تقاضاني الالف التي لك علي وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي علي خمسمائة او كتب الى زوجته قد بلغني كتابك تسألني الطلاق
فانت طالق طلقت ساعة كتبت ينبغي لمن علم ذلك ان يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق بخلاف ما لو كتبت صك وصية وقال للشهود اشهدوا
على ما فيه ولم يقرأه عليهم بل علماؤنا لا يجوز لهم ان يشهدوا بما فيه وقيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم ان يشهدوا بما فيه اذا قرأه عليهم او كتبه
يكتب وهم يقرؤنه او كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم اشهدوا على ما فيه ولو قرأه عليه فقال للشاهد انا نشهد عليك بما فيه فحرك
راسه بنعم لا يلتفت فهو باطل الا في الاخرس ومثله ما اذا وقع الصك بيده فقال هذه وصيتي وختمي فاشهدوا على ما فيه لا يجوز ان يشهدوا بما فيه وعن
ابي يوسف اذا كتب بحضرة الشهود ودعا الشاهد فلم يعرف الشاهد ما فيه وامره ان يشهد بما فيه وسعه ان يشهد لانه اذا كان في يده
كان محفوظا من التبديل واعلم انه يجوز لهم ان يشهدوا في المسألة السابقة بما اذا كان الكتاب على الرسم المعروف بان كان على ورقة
وعنوان كما هو المتعارف في الكتابة الى الغائب واذا شهد على ذلك التقدير فقال لم ارد الاقرار والطلاق لا يدينه القاضي ويدين فيما بينه
وبين الله تعالى اما لو كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل لهم ان يشهدوا لما بين يجوز كونه للتجربة
بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجاري به على ما يأتي ان شاء الله تعالى في كتاب الاقرار قوله
ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر شهادته التي صدرت فيه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس
بجزم بل تخييل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه الاقطع وكذا الخصاف ذكرها في ادب القاضي
ولم يحك خلافا ولما حكى الخلاف الفقيه ابو الليث وغيره كشمس الائمة قال المصنف قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد
وقيل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه يعني رأى في ديوانه شهادة شهود
اديت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر انه شهد عنده بذلك لم يجز له الحكم عنده وبه قال الشافعي
في رواية عن احمد وعند ابي يوسف ومحمد جاز اذا وجده في قمطره تحت خاتمه يجوز ان يقضي به وبه قال مالك واحمد في رواية وكذا اذا رأى قضيته اي
حكمه مكتوبا في خريطته وهي القمطرة ولم يتذكر انه حكم فهو على هذا الخلاف فظهر ان المصنف حكى الخلاف فيما واحد منه وبه ما ذكر شمس الائمة في ادب القاضي من المبسوط
حكى الخلاف كذلك في واحد من حيث الحكم واما في شهادة الشاهد يجدها في صك ويعلم انه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ويجده
مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك وقد صارت الفصول ثلاثة وجدان القاضي الشهادة عنده او حكمه ووجدان الشاهد خطه والراوي في الحديث قال محمد
اخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا وقال ابو يوسف في مسألة القضاء والرواية اخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده او يد امينه
وفي مسألة الشهادة اخذ بالعزيمة لانه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير فلا يعتمد خطه وحاصل وجه قول ابي حنيفة في صور الخلاف ان وضع الخط ليرجع اليه
عند النسيان فاذا كان لا يفيده ويمنع حصر الفائدة في ذلك بل يجوز ان يكون فائدته ان يتذكر برؤيته عند النسيان الا اني ارى انه اذا كان محفوظا مأمونا عليه من

قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح

التغيير بان يكون تحت ختمه في خريطته المحفوظة عنده وان ترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط وراينا كثيرا ممن خطوطهم في غاية من سيدة الاسكندرية خط رجل من اهل العلم يعرف بالقاضي مجد الدين الدماميني رحمه الله كان فقيها مالكيا شاعرا اديبا فصيحا وخط اخر ما شاهد يعرف بخلفين لا يفرق الانسان بين خطيهما اصلا وحدثنا من بالنون بلدة بالصعيد ولقد اخبرني الثقة بصلاحه وخيره انه شاهد رجلا كان معيدا في الصلاحية بالقدس الشريف وضع يسم شهادته في صك فاخذه من صاحبه عدوا له فكتب رجل مثله ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك انه خطه وهذا قول ابي يوسف ومقتضى انه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده من كتبه جاز ان يشهد اذا عرف خطه ولم يذكر الحادثة وبهذا اجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه ان يشهد قال اذا كان الخط في حرزه يسعه ان يشهد وقال في المجرد قال ابو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا تعرف ان هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي ان ينفذ شيئا من ذلك فان انفذه قاض غيره ثم اختصموا فيه انفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد انه لو ذكر للقاضي انه اشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطه لا يقبل فانه لم يحك خلافا فاذا نسي قضاءه ولا سجل عنده فشهدوا عنده انك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر امضاه وان لم يتذكر فلا اشكال عند ابي حنيفة لا يقضي بذلك وكذا لابي يوسف كذلك وعند محمد يقضي به وهو قول احمد وابن ابي ليلى وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الاصل روايته للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ونسيها ابو يوسف وهي ست وكان ابو يوسف لا يعتمد رواية محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع روايتها عنه كذا قالوا والله اعلم علم الشيخ بتخريج المسائل الست اشكال لان المذكور عند ذكرهم لهذه المسائل ان ابا يوسف انكر وقال ما رويت لك عن ابي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما اذا صلى اربعا وترك القراءة في احدى الاوليين واحدى الاخريين انه يلزمه قضاء اربع فقال ابو يوسف ما رويت لك الا ركعتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الاصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الاصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الاصول ولا خلاف نعرفه فيه بين المحدثين والاصوليين ان رواية الفرع ترد في ذلك بخلاف ما اذا نسي الاصل ولم يجزم بالانكار فانه ينبغي اعتبار قول محمد نعم الاصح اعتبار ما ذكره عنه تخريجا على اصول ابي حنيفة ومع ذلك يمكن **قوله** ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه اي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين او السماع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الامور اذا اخبره بها من يثق به من رجلين عدلين او رجل وامرأتين ويشترط كون الاخبار بلفظ الشهادة وفي الموت اذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق او يتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد عدل او واحدة عدلة وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قل ما يشاهد حاله عند الموت الا واحد لان الانسان يهابه ويكرهه فاذا رآه واحد عدل ويعلم ان القاضي لا يقضي بذلك ومع عدل اخر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد ان يذكر ذلك المخبر انه شهد موته او جنازته او دفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع اهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد ان يشهد بموته الا ان يشهد موته او سمع ممن شهد ذلك ذكره في التتارخانية الاكتفاء بالعدلين نقل عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمهما الله لا يشهد حتى يسمع عن جماعة وقال الخصاف في الكل حتى يسمع من العامة وتتابع الاخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب ان يسمع انه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند ابي حنيفة وعندهما اذا اخبره عدلان انه ابن فلان تحل الشهادة وابو بكر الاسكاف

وينبغي ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسر اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك يطلق الشهادة
ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة
يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله

كان يفتي بقولهما وهو اختيار النسفي في الكافي لم يشترط المصنف رؤيته وقوله الى آخره ان يسمع من الناس انها زوجته وكذا القضاء وذكر غيره وهو حسن
ثم قول احمد كقولنا فيما سوى الدخول وقول للشافعي ورواية عن مالك والمعنى لا يجوز فيها فابطل جعل قياسا واستحسانا فالقياس عدم الجواز لان الشهادة
مشتقة من المشاهدة فان الاشتقاق يقتضي ملاحظة الاصلين معنى وهو العلم كما في الحروف الاصول والمشاهدة بمعنى القطع فلا يجوز كما في البيع وغيره الا بالمشاهدة
انه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره وجه الاستحسان ان العادة جارية بذلك لان ذلك سبب لا طريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذ لم تجر العادة بحضور
الناس الولادة وانما يرون الولد مع امه او مرضعة وينسبونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضر غالبا الا الاقارب فاذا رأوا
الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل احد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بالامارات فان احدا
لا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها الا الخواص وانما يحضرون جلوسه وتصديه للاحكام واذا كانت العادة ان علم هذه الاشياء غالبا لا يحصل
الا لبعض افراد وان الناس يعتمدون فيها على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والا ضاعت حقوق عظيمة تبقى على مر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت
ويترتب عليها امور كثيرة مثل العدة والاحصان وكمال المهر في الدخول والى هذا لما ذكر من الاجماع على وجوب الشهادة بان عائشة رضي الله عنها بنت
ابي بكر رضي الله عنه وانها زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وان عليا رضي الله عنه ابن ابي طالب وعمر بن الخطاب وان شريحا كان قاضيا وان ابا بكر وعمر و
عثمان وعليا رضي الله عنهم ماتوا وان لم تعاين شيئا من ذلك وحكى في الخلاصة عن ظهير الدين في الدخول لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو اراد ان يثبت الدخول
تثبت الخلوة الصحيحة ونص الخصاف على انه يجوز بالتسامع لانه امر يشتهر بخلاف الزنا فاحشة تستر **قوله** وينبغي ان يطلق اداء الشهادة فيشهد
انه ابنه او انها امرأته او قاض اما اذا فسر للقاضي انه شهد عن تسامع بين الناس لم يقبل شهادته كما انه اذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له تقبل
ولو فسر فقال لاني رأيتها في يده في وقت من الاوقات لا تقبل وفي الفوائد الظهيرية شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من
قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العمدة لو قالا اخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعله الاصح واختاره
الخصاف في فصول الاستروشني لو شهدا على النكاح فسألهما هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لانه يحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا
تقبل كانهما قالا لم نعاين ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا هذا فلو شهدا انهما دفناه او قالا شهدنا جنازته تقبل ولو
شهد بالموت واحد وآخر بالحيوة فاخذ امرأته بشهادة الموت لانها تثبت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه
وفي الخلاصة لو اخبرها واحد بموته واثنان بحيوته ان كان المخبر بالموت عدلا وشهد انه عاين موته او جنازته وسعها ان تتزوج
بعد انقضاء عدتها ثم قال هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا وتاريخ شاهد الحيوة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهد الحيوة اولى وكذا
بقتله انتهى والملتقى في وصايا عصام الدين لو قال شهدا انه وجها مات او قتل وآخران على الحيوة فالموت اولى وفي فتاوى الفضلي
شهود عند رجل انه وجها مات او قتل وارتد والعياذ بالله هل لها ان تتزوج فيه روايتان في السير لا يجوز وفي الاستحسان يجوز ومن فروع
التسامع في فتاوى النسفي قال رجل لامرأة سمعت ان زوجك مات لها ان تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت
ثم اخبرها جماعة انه حي ان صدقت الاول يصح النكاح وفي المنتقى لم يشترط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط
وقد يقال ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق بان ذلك في حل تزوجها وعدمه وهذا بعد ان تزوجت واستحقها الزوج

[illegible] الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء [illegible] عن ابي يوسف [illegible]
[illegible] عليه وسلم [illegible] الولاء [illegible]
[illegible]
[illegible] سعد وان تشهد انه له [illegible] الاسباب كما يكفي بها من [illegible]
ان يتهم [illegible] فيكون هذا تفسيرا للاطلاق [illegible] في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقيل [illegible]
التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى امانة وملك فلا بد التصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة

الثاني فما سمع او اشتهر بالشيء يذكر او اخبرها واحد عدل او شهد عند وليها بان زوجها طلقها او مات عنها ووقع في قلبها صدقه لها ان تعتد وتتزوج وذكر رشيد الدين انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما او من العمال اما اذا كان تاجرا او من هو مثله لا تجوز الا بالمعاينة **قوله** ثم قصر الاستثناء في الكتاب اي استثناء القدوري حيث قال الا في النسب الى آخر الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في [illegible] فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيها وعن ابي يوسف تجوز في الولاء بالتسامع رجع اليه وكان اولا يقول كقول ابي حنيفة ومحمد لا تجوز الا ان يسمعا المعتق ثم رجع الى انه تجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب تجوز في التسامع فكذا في الولاء الا ترى انا نشهد ان قنبرا مولى علي بن ابي طالب رض ونافعا مولى ابن عمر وبلالا مولى ابي بكر الصديق رض ولهما انه مبني على العتق والعتق لكونه قولا يسمع كثيرا ما يقصد الاشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما بني عليه وليس تجويزها بالسماع لكون الشيء مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا ان السبب لا يرى او لا يرى العلوق وكذا تقليد القضاء الا الخواص والموت والباقي يؤدي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاخبار لا الشهادة وهذا بناء على ان لا خلاف في الفتوى انه لا تقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة وذكر الصدر الشهيد حسن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق ايضا عند ابي يوسف يجوز بالتسامع خلافا لهما وهو قول مالك واحمد وقول للشافعي وشرط الخصاف في الولاء على قول ابي يوسف شرطا لم يذكره محمد في المبسوط فقال انما يقبل اذا كان المعتق مشهورا والمعتق ابوان وثلثة في الاسلام قال المصنف واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في اصله وقال الاقطع في شرحه قال محمد يجوز وقوله لان هذا

تنبيه هو الذي يشتهر والوجه في التوجيه انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الاعصار يبيد الشهود والاوراق مع اشتهاره وتعيينه فيبقى في البقاء شائعة ان لم تجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة الى ذلك قوله الصحيح الخ احتراز عن قول الكثير من المشايخ قال في الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم تحل وقال بعضهم لا تحل ومن المشايخ من قال تجوز على اصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشرط ان يبين الموقوف عليه بل ان يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا ان هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي ان تقبل ونص عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الواقف واذا شهدوا ان هذه الضيعة وقف ولم يذكروا الجهة لا تجوز ولا تقبل بل يشترط ان يقولوا وقف على كذا ثم قال وما ذكرنا وفي الاصل صورته ان يشهدوا بالتسامع على انها وقف على المسجد او المقبرة ولم يذكروا انه يبدأ من غلتها فتصرف الى كذا ثم بالفضل يصرف الى كذا اما لو يشهد على هذا الوجه بالتسامع وكذا قال المرغيناني لا بد من بيان الجهة انه وقف على المسجد او المقبرة وما اشبه ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك لا تقبل شهادته قال وقال بعضهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انه لا ينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة ان يشهد انه يبدأ من غلته بكذا ثم الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك لا تقبل ذكره في الذخيرة وذكر في المجتبى والمختار ان تقبل على شرائط الوقف ايضا وانت اذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف انها تسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع

قوله ومن كان في يده شيء الخ صورته ظاهرة اي عينا سوى ما استثناه في بيان الشهادة ثم رآها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه ان يشهد للمدعي بان الملك يعرف بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه ولا ان ثابة ما يمكن فيه ان يعاين

ثم المسألة على وجوه ان عاين الملك والمالك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

بسبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث وشيء من هذه الاسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الاول وعن ابي يوسف انه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك ان يقع في قلبه انه له وفي الفوائد الظهيرية اسند هذا القول الى ابي يوسف ومحمد ولفظه ومنها قال الصدر قالوا يعني المشايخ يحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد يحتمل ان يكون قوله قول الكل وبه ناخذ وقال ابو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجهه ان الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فعند تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يعد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا راى انسان درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل ليس في ابائه من هو اهل له لا يسعه ان يشهد بالملك له فعرف ان مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا وهو الخصاف وهو قول مالك لان اليد متنوع الى ملك ونيابة وضمان قلنا وكذا التصرف ايضا فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي ان يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة مجوز لها لا موجب على الشاهد ان يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار الى جانبها فاراد ان ياخذها بالشفعة لا يقضي القاضي له بذلك وان ثبت عنده انها في يده يتصرف فيها اذا انكر المشتري ان الدار في يده ملكه لان العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز **قوله** ثم ان عاين الملك الخ حاصله ان المسألة على اربعة اوجه الاول ان يعاين الملك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة ثم راه في يد اخر فجاء الاول وادعاه وسعه ان يشهد له وظهر ان المراد بالملك المملوك الثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع ايضا فاورد عليه انه يلزم ان يكون الشهادة بالملك بالتسامع واجيب بان الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز وههنا كذلك لانه سمع ان هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه ولا اعتبار بالتضمن للتضمن ولا يخفى ان مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله اعلم وعلى هذا قال الناصحي فان كان المالك مراة لا تخرج ولا يراها الرجال فان كان الملك مشهورا لها جاز ان يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة الثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك بان سمع ان لفلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة الرابع ان يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع ان له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود **قوله** واما العبد والامة يعني اذا عاينهما في يد انسان يستخدمهما اذا كان يعرف انهما رقيقان جاز له ان يشهد انهما ملكه سواء كانا صغيرين او كبيرين لانهما بوصف الرق لا يد لهما على نفسهما وقد شوهدا في يد غيرهما فكان كرؤية ثوب في يده وان لم يعرف رقهما فان كانا صغيرين اي لا يعبران عن انفسهما فكذلك يجوز ان يشهد له بملكهما لما ذكرنا انهما لا يد لهما على انفسهما وان كانا كبيرين اي يعبران عن انفسهما سواء كانا صبيين عاقلين او بالغين به صرح المحبوبي فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد والامة لان لهما يدا على انفسهما فتندفع يد الغير عنهما حتى ان الصبي الذي يعقل لو اقر بالرق على نفسه لغيره

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال ولا تقبل شهادة الأعمى وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة تقبل فيما يجري فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعي يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد لأن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما إذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت

جاز إقراره وبعض المقر له بما يصنع بملكه وإذا كان ممن يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك إذ الحر قد يخدم الحر خدمة العبد وهذا الاحتمال يوجد إذا كانا لا يعبران عن أنفسهما فأما إذا كان ذلك بالإفلا يزال اعتباره إلا بإقرارهما بالرق فإن لم يقرا إلا بثبت الشهادة عليهما وإنما لا تقبل دعواهما الحرية بعد ما كبرا في يد من هما في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال صغرهما بناء وعن أبي حنيفة أنه يحل له أن يشهد في الكبيرين أيضاً وكذا عند أبي يوسف ومحمد فجعلوا اليد في الكل دليلاً على الملك بدليل أن من ادعى عبداً أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لأن الظاهر شاهد له لقيام يده عليه وقوله والفرق ما بينا يريد كون يدهما على أنفسهما فتدفع اليد عنهما

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل لما ذكر تفصيل من يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته وأخره لأن الحال شروط والشرط غير مقصود لذاته والأصل أن التهمة يبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة تثبت مرة لعدم العدالة ومرة لعدم التمييز مع قيام العدالة **قوله** ولا تقبل شهادة الأعمى مطلقاً سواء عمي قبل التحمل أو بعده وفيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع لا تجوز وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة تقبل فيما يجوز فيه بالتسامع لأن الحاجة فيه للسماع ولا خلل في سمعه وهو قول الشافعي ومالك وأحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري وتقبل في الترجمة عند الكل لأن العلم يحصل بالسماع وقال أبو يوسف تجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفي فيه السماع إذا كان بصيراً وقت التحمل أعمى عند الأداء إذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي ومالك وأحمد لأنه إذا كان يعرفه باسمه ونسبه يكفي كالشهادة على الميت ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له وعليه وهو منتف من الأعمى إلا بالنغمة وفيه أي في التمييز بالنغمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فلم تقع ضرورة إلى إهدار هذه التهمة بخلاف وطء الأعمى زوجته وأمته فإنه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فاعتبرت دفعاً للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لأنه لا يمكن التحرز عنه بتحقق الشهود على أن الإشارة لم تقع إلى وكيل الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة إلى إلحاق بالحدود من جهة أن شهادة الأعمى لا تقبل فيها بالإجماع بل ما تقدم يكفي إذ الرد بتهمة ما في الحدود ولا يستلزم الرد بمثلها في غيرها لأن ذلك يحتاط في درء الحكم فيها وأما الاستدلال بما عن علي رضي الله عنه رد شهادة الأعمى فيقول أبو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فجاز كونه كان في حد ونحوه وقيد في الذخيرة قول أبي يوسف بما إذا كانت شهادته في الدين والعقار أما في المنقول فأجمع علماؤنا أنها لا تقبل واستشكل بكتاب القاضي إلى القاضي فإن الشهود لا يشيرون إلى أحد وتقبل وأجيب بأن الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون رأيناه عرفناه والأعمى لا يعرفه إذ لو رآه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل وأيضاً فقبول كتاب القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الأعمى لما ذكرنا من إمكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا قال فلو أدى بصير ثم عمي قبل القضاء امتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد لصيرورة الشهادة حجة عنده أي عند القضاء لأنها إنما تراد للقضاء فما يمنع الأداء يمنع القضاء والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الأداء فيمنع القضاء وأبو يوسف قاسه بما إذا غاب الشاهد بعد الأداء قبل القضاء أو مات قلنا بالموت انتهت الشهادة وتمت وبالغيبة ما بطلت بخلاف العمى فإنه مبطل لها وفي المبسوط أنه لا يجوز شهادة الأخرس بإجماع الفقهاء لأن لفظة الشهادة لا تتحقق منه ونقض بأن الأصح من قول الشافعي تقبل إذا كانت فيه إشارة

قال ولا العبد لأن الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره ولا المحدود في القذف وإن تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ولأنه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كأصله بخلاف المحدود في غير القذف لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل إذا تاب لقوله تعالى إلا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن

مفهومة وبقولنا قال مالك وأحمد وهو قول الشافعي ولا شك في تحقق التهمة في الإشارة فهو أولى بعدم القبول من الأعمى لأن في الأعمى إنما تتحقق التهمة في نسبة وهنا تتحقق في النسبة وغيره من قدر المشهود به وأمور أخر **قوله** ولا تقبل شهادة المملوك أي الرقيق وبه قال مالك والشافعي وقال أحمد تقبل على الأحرار والعبيد وهو قول أنس بن مالك وهو قول عثمان البتي وإسحق وداود وعن علي رضي الله عنه تقبل على مثله لا الأحرار والمعول عليه في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو إلا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تمييزه وعدم ولايته على نفسه لعارض منع خصه من حق المولى لا لنقص في عقله ولا لخلل في تحمله وضبطه فلا مانع وأما ادعاء الإجماع على عدم قبوله فلم يصح قال البخاري في صحيحه وقال أنس شهادة العبد جائزة إذا كان عدلا وأجازه شريح وزرارة بن أبي أوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة إلا العبد لسيده وأجازه الحسن وإبراهيم وقال شريح كلكم بنو عبيد وإماء إلى هنا لفظ البخاري ولا تقبل شهادة الصبي عندنا وبه قال مالك والشافعي وأحمد وعامة العلماء وعن مالك تقبل في الجراح إذا كانوا اجتمعوا لأمر مباح قبل أن يتفرقوا وروي ذلك عن ابن الزبير والوجه في أن لا تقبل لنقصان العقل والتمييز وبه ولعدم التكليف **فرع** إذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فأداها قبلت كالصبي إذا تحمل فأدى بعد البلوغ وكذا الذمي إذا سمع إقرار المسلم ثم أسلم فأدى جاز **قوله** ولا تقبل شهادة المحدود في قذف وقال الشافعي ومالك وأحمد تقبل إذا تاب والمراد توبته الموجبة لقبول شهادته أن يكذب نفسه في قذفه وهل يعتبر معه إصلاح العمل فيه قولان أصح قول يعتبر لقوله تعالى إلا الذين تابوا وأصلحوا وقيل لا لأن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكرة تب أقبل شهادتك وقد يجاب بأن أبا بكرة كان من العباد وحاله في العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق إلا التوبة بإكذاب نفسه وأصله أن الاستثناء في قوله تعالى إلا الذين تابوا ينصرف إلى الجملة الأخيرة أو إلى الكل والمسألة محررة في الأصول وهي أن الاستثناء إذا تعقب جملا متعاطفة هل ينصرف إلى الكل أو الأخيرة عندنا إلى الأخيرة وقد تقدم ثلاث جمل في قوله تعالى فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون والظاهر من عطف ولا تقبلوا أنه داخل في حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأبيد أما المناسبة فلأن رد شهادته مؤلم لقلبه مسبب عن فعل لسانه كالحد لأنه مما يصلح مانعا في المستقبل من فعله والتعذيب سبب لزيادة الوقوع لأنه نوع وعدم ممن يعرفه لا يستحي من أحد يراه فيه فإذا فرض أن له داعية الزنا وقع فيه وكذا قيد التأبيد لا فائدة له إلا تأبيد الرد وإلا قال ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون جملة مستأنفة لبيان تعليل عدم القبول ثم استثنى الذين تابوا وهذا لأن الرد على ذلك التقدير ليس إلا للفسق وقد ارتفع بالتوبة وأما رجوع الاستثناء إلى الكل في قوله تعالى في المحاربين أن يقتلوا إلى قوله تعالى إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم حتى سقط عنهم فلدليل اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل أن تقدروا عليهم فإنه لو عاد إلى الأخيرة أعني قوله ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل أن تقدروا عليهم ليس إلا سقوط الحد فائدة لأنا إنما نقول بعود الاستثناء إلى الأخيرة فقط إذا تجرد عن دليل عوده إلى الكل وأما إذا اقترن به عاد إليهما كما يقول هو إن عوده إلى الكل إذا تجرد عن دليل عوده إلى الأخيرة فقط فلو اقترن به عاد إليها فقط فرع فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لأنها لم تقترن بما يوجب أن الرد من تمام الحد فكان قياسا في مقابلة النص لا يقال رد الاستثناء إلى الجملة الأخيرة ينفي الفائدة لأنه معلوم شرعا أن التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية لأنا نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلا بل سمعا وذلك بما يراد مما دل عليه من السمع وهذا منه وكون آية أخرى تفيده لا يضر

ولو حُدّ الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حُدّ ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده والأصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة قال والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع بأهل البيت لهم وقيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها

للقطع بأن طريق القرآن تكرار الدال خصوصا إذا كان مطلوب التأكيد كأقيموا الصلوة وقد تكرر إلا الذين تابوا إلى قوله فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم وفي أخرى إلا من تاب وآمن إلى قوله تعالى فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيئا وفي الأخرى إلا من تاب إلى قوله تعالى فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات ومواضع أخرى عديدة ولم يسمع أن يقال في أحدها قد عرفت هذا آية أخرى فأي فائدة في هذا الآن أقيم على الكفر والعياذ بالله وما كان هذا منه تعالى إلا رحمة للعباد ليؤكد هذا المعنى ولأنه إذا لم يذكره إلا في موضع واحد فعسى أن لا يسمعه بعض الناس فإذا تعدد مواضعه فمن لم يسمع تلك الآيات سمع هذه ومن لم يسمع هذه سمع أخرى فكان في تعداد إفادة هذا المعنى تغييب غلظه على كل أحد مع تأكيد جانب عفوه لا نحصي ثناء عليه وأما ما عن عمر أنه قال لأبي بكرة تب أقبل شهادتك ففي ثبوته نظر لأن رواية عمرو بن قيس ولو تركنا النظر في ذلك كان معارضا لما قال لأبي موسى الأشعري في كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا في قذف أو مجربا في شهادة زور أو ظنينا في قرابة وقدمنا عنه من رواية ابن أبي شيبة قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف وبقولنا قال سعيد بن المسيب وشريح والحسن وإبراهيم النخعي وسعيد بن جبير وكذا روي عن ابن عباس قال المصنف أو هو استثناء منقطع وذلك لأن التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكأنه قيل وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا فإن الله غفور رحيم أي يغفر لهم ويرحمهم إذا كان من تمام الحد لكونه مانعا أي زاجرا يبقى بعد التوبة كأصله أي كأصل الحد فإنه لا يسقط بالتوبة فكذا ما كان تماما في المبسوط الصحيح من المذهب عندنا أنه إذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد أي تقبل شهادته **قوله** ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لأن للكافر شهادة في الجملة فكان ردها من تمام الحد بخلاف العبد إذا حد في قذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لأنه لم يكن له شهادة إذ ذاك فلزم كون تتميم حده برد الشهادة التي تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنى في دار الحرب ثم خرج إلى دار الإسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب في العبد إلى أن أمكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب إلى الإمكان بالخروج إلى دار الإسلام أجيب بأن الزنا في دار الحرب لم يقع موجبا أصلا لعدم قدرة الإمام فلم يكن الإمام مخاطبا بإقامته أصلا لأن القدرة شرط التكليف فلو حده بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب وغير الموجب لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا في الحد المطلوب درؤه أما قذف العبد فموجب حال صدوره للحد غير أنه لم يكن تمامه في الحال فتوقف تتمته على حدوثها بعد العتق قال في المبسوط بعد أن ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التي تقبل خبر المحدود في القذف في الديانات أما على رواية المنتقى أن لا تقبل والفرق أن الكافر بالإسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند إقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة بإقامة الحد بخلاف العبد فإنه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صار عدالته مجروحة بإقامة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله إذا حد ثم أعتق لأنه لو لم يحد حتى أعتق ثم حد لا تقبل أيضا ولكن وضعه كذلك لأنه أليق لبيان الفرق بينه وبين الكافر والكافر لو قذف مسلما ثم أسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو حد بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال إسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومر في حد القذف وفي هذه المسألة ثلاث روايات لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد تسقط إذا أقيم أكثره تسقط إذا ضرب سوطا لأن من ضرورته ذلك الله الحكم شرعا بكذبه **قوله** ولا تقبل شهادة الوالد وإن علا لولده وإن سفل ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده أما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له قال

ولا يقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدى متحيزة ولهذا يجرى القصاص
والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع
متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به

المصنف الاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ وهذا الحديث غريب وانما اخرجه ابن ابى شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن للاب
ولا الاب للابن ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه فى الشئ بينهما لكن فى غيره ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد لسيده انتهى و
قال ابن ابى شيبة ثنا وكيع عن سفيان واخرجا نحوه عن ابراهيم النخعى لكن الخصاف وهو ابو بكر الرازى الذى شهد له اكابر المشائخ انه كبير فى العلم رواه
بسنده الى عائشة رضي الله عنها ثنا صالح بن زريق وكان ثقة ثنا مروان بن معاوية الفزارى عن يزيد بن زياد الشامى عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضي الله عنها
عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده
ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره انتهى وقد فسر فى رواية شريح امر الشريك وذكر المصنف ايضا عنه صلى الله عليه وسلم
لا شهادة للقانع باهل البيت وهو بعض حديث رواه ابو داود فى سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذى الغمر على اخيه ورد شهادة القانع باهل البيت واجازها لغيرهم قال ابو داود
الغمر الشحناء وكذا رواه عبد الرزاق فى مصنفه وعنه رواه احمد وقال فى التنقيح محمد بن راشد ثقة وثقه احمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض
الائمة وقد تابعه غيره عن سليمان رواه عن عمرو بن شعيب من الحجاج بن ارطاة فى ابن ماجه وآدم بن فائد فى الدارقطنى لم يذكر فيه القانع وخرج الترمذى عن يزيد بن
زياد الدمشقى عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ولا ذى غمر على اخيه
ولا مجرب بشهادة زور ولا القانع لاهل البيت ولا ظنين فى ولاء ولا قرابة انتهى وقال غريب لا نعرفه الا من حديث يزيد بن زياد الدمشقى وهو يضعف فى الحديث
قال والغمر العداوة انتهى وقال ابو عبيدة والغمر العداوة والقانع التابع لاهل البيت كالخادم لهم قال يعنى يطلب معاشه منهم لانه قرابة الولاد فقط وفى ذلك والظنين
المتهم فى دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع واذا كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما اولى بالرد فيثبت رد شهادتهم
بدلالة النص فيكون دليلا على صحة حديث الترمذى المذكور فيه والظنين فى ولاء ولا قرابة اذ قرابة الولاد اعظم فى ذلك وان كان راويه مضعفا
اذ ليس الراوى الضعيف كل ما يرويه باطل انما يرد لتهمة الغلط لضعفه فاذا قامت دلالة انه اجاد فى هذا المتن وجب اعتباره صحيحا وان كان
من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون الولد كنفسه من وجه لم تجز سرقته ومنع الزكوة
فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن حين شهد مع قنبر لعلى رضي الله عنه فقال على اما سمعت انه صلى الله عليه وسلم قال الحسن والحسين سيدا شباب اهل الجنة
قال اللهم نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ائت بشاهد آخر فقبل عزله ثم اعاده وزاد فى رزقه فقيل فيه على ما سلف قوله والمراد بالاجير على ما قالوا
التلميذ الخاص الذى يعد نفعه نفعه وضرره ضرره ويأكل معهم وهو المراد بالقانع المذكور فى الحديث واما شهادة الاستاذ فمقبولة وكذا المستأجر وقيل المراد الاجير
مسانهة او مشاهرة او مياومة لانه اذا كانت جارية على هذا الوجه وقبلت منفعة التى هى الاداء فى اجرته فيكون مستوجبا للاجرة بها فيصير كالمستأجر عليها وفى
العيون قال محمد فى رجل استأجر رجالا يوما واحدا فشهد له الاجير فى ذلك اليوم القياس ان لا تقبل ولو كان اجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر
ثم عدل قال الطحاوى رجل شهد لامرأته ثم طلقها او لو شهد ولم يكن اجيرا ثم صار اجيرا له قبل ان يقضى فان القاضى يبطل شهادته فان لم تبطل
حتى بطلت الاجارة ثم اعاد تلك الشهادة جازت كالمرأة اذا طلقها قبل ان ترد شهادته ثم اعادها تجوز [وما فى زيادات الاصل من قوله
تقبل شهادة الاجير محمول على الاجير المشترك قوله ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر ولو كان المشهود له مملوكا من الزوجة او الزوج

ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض

قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردى من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة

وعنه

وقال الشافعي تقبل وبقولنا قال مالك واحمد وقال ابن ابي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا في ماله بوجوب نفقتها وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة وجه الشافعي ان الاملاك بينهما متميزة والايدي متميزة اي لكل يد في جزء الآخر فهي ممنوعة عنده من جانب الشيء منعه فلا اختلاط فيهما ولهذا يجري بينهما القصاص والحبس بالدين ولا معتبر بما بينهما من النفع المشترك لكل منهما بمال الآخر لانه غير

عن زوجته

مقصود بالنكاح لانه لم يقصد لان ينتفع كل منهما بمال الآخر وانما ثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم اذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم انه ينتفع به لكن في نفقته ولنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته وقد عرفت انه من قول شريح مرفوع من رواية الخصاف ولو لم يثبت ثم فيه لفظ يكفي المعنى فيه والحاقه بقرابة الولادة في ذلك سيما مع شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل غنيا بمال الآخر وكذا قال تعالى ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة بل ربما يكون الاتصال بينهما في المنافع والانبساط فيها اكثر مما بين الآباء والاولاد بل قد يعادي ابويه لرضى زوجته وهي لرضاه ولان الزوجية اصل الولاد ولان الولادة عنها تجب فتلحق بالولاد فيما يرجع الى معنى تعاطي المنافع كما اعطي كسب عبد العبد حكم كسب العبد عندنا بخلاف القصاص لان ان بعد الموت لا زوجية وفي المحيط لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعي ولا بائن

لا تقبل

لقيام النكاح في بعض الاحكام ولو شهد احدهما للآخر في حادثة فردت وارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة لا تقبل بخلاف ما لو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلا واعاد تلك الشهادة لا تقبل وبه قال مالك واحمد والشافعي في الاصح لان القاضي لما ردها صار مكذبا في تلك الشهادة شرعا فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي اذا ردت ثم عتق او اسلم او بلغ واعادها تقبل وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك وهو رواية عن احمد لا تقبل كالرد للفسق قلنا رد شهادتهم لعدم الاهلية لا لتهمة الكذب وهي كافية في الرد فاذا صاروا اهلا تقبل وهو قيل الرد في الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل بجهر تهمته به وبالاعادة في العدالة ترتفع تهمة كذبه في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج الى الجواب فصار كالحاصل كل من ردت شهادته لمعنى ثم زال ذلك المعنى لا تقبل اذا اعادها بل زوال ذلك المعنى الا العبد واحد الزوجين للآخر والكافر والاعمى والصبي اذا شهد فرد الكافر والاعمى والصبي اذا شهد كل منهم فرد ثم عتق واسلم والبصير بلغ فشهدوا في تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم وتقبل لام امرأته وابيها ولزوج بنته ولامرأة ابنه ولامرأة ابيه ولاخت امرأته

قوله ولا شهادة المولى لعبده لما تقدم من رواية الخصاف ولانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين من وجه اذا كان دين لان الحال اي حال مال العبد فيما اذا كان عليه دين موقوف مراعى بين ان يصير للغرماء بسبب تعلق حقهم المال في دينه وبين ان يبقى للمولى بسبب قضائه دينه وكذا المدبر وام الولد والمكاتب وهو قول الائمة الثلاثة وقوله لما قلنا يعني من انه شهادة لنفسه من كل وجه من حيث ان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وكذا لا تقبل شهادته لمولى ابنه وامرأته ولا لولده وكذا شهادة المرأة لزوجها المكاتب على ما قدمناه وكان مقتضى القياس ان تقبل لانها في الحقيقة شهادة لسيدها لكن منعوه للفظ المتقدم السابق ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير ان هذا التحقيق في الشريك المفاوض لان كل شيء هو من شركتهما ولذا قالوا لا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق لان ما سوى هذه مشترك بينهما ففي ان تقبل الشهادة ما كان من طعام اهل احدهما او كسوة تهم ايضا لانه لا مشترك بينهما فيه قوله وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه قيل لا خلاف لكن نقل في المغني عن شريح وابن القاسم من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك في ضعف التهمة فيه لانه لا بسوطة وليس مظنة الا لفة بل كثيرا ما يكون فيهم العداوة والبغضاء وكل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وغيرهما كالاخ تقبل فيه الشهادة قوله ولا تقبل شهادة مخنث ومراده الخ قاصر على

ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية

قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة

وهو التشبه بالنساء اما الذي في تزيينه وتكسير اعضائه وتليين كلامه كما هو فمتضمن كون ذلك معصية روى ابو داود باسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعني المتشبهات بالرجال فكيف اذا تشبه بهن فيما هو اشنع من ذلك فاما الذي في كلامه لين خلقة وفي اعضائه تكسر خلقة فهو عدل مقبول الشهادة **قوله** ولا نائحة ولا مغنية هذا لفظ القدوري ثم اطلق ثم قال بعد ذلك ولا من يغني للناس فورد انه تكرار اليهم ذلك بما ذكر من قوله مغنية والوجه ان اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال الا يرى انه اذا قيل ما حرفته او ما صناعته يقال مغن كما يقال خياط وحداد وهذا اللفظ الذكورة بنا يراد به ذلك غير انه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله النائحات لعن المغنيات ومعلوم ان ذلك لوصف التغني لا لوصف الانوثة ولا للتغني مع الانوثة لان الحكم المرتب على المشتق انما يفيد ان وصف الاشتقاق هو العلة فقط الا مع زيادة قرينة اخرى نعم هو من المرأة افحش لرفع صوتها وهو حرام وقد صرحوا على ان التغني للهو او لجمع المال حرام بلا خلاف ومثل هذا لفظ النائحة معناه من جعلت النياحة مكسبة ولكن صنيعه كانه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها ومن لم يكن ذلك صناعته كذا علل في الكتاب بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية ان الغناء في حقهن مطلقا حرام لرفع صوتهن وهو حرام ولذا اطلق في قوله مغنية وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ولا يخفى ان قوله من يغني للناس لا يخص غناء الرجال لان من يطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون اصله قيدت بتذكير الضمير في قوله يغني بالياء من تحت لا يوجب خصوصيته بالرجال لما عرف انه يجوز في ضمير من مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ اولى وان كان المعنى على التانيث فكيف اذا كان المعنى اعم من المؤنث والمذكر فان قلت تعليل المصنف رحمه الله يجمع الناس على كبيرة يقتضي ان التغني مطلقا حرام وان كان معتاده بالذات ان الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الا ان كون الاستماع محرما ليس الا لحرمة المسموع وليس كذلك فانه لو تغنى بحيث لا يسمع غيره بل لنفسه ليدفع عنه الوحشة لا يكره وقيل ولا يكره اذا فعله ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان وقيل ولا يكره لاسماع الناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب ان في التغني للاسماع لنفسه ولدفع الوحشة خلاف بين المشايخ منهم من قال لا يكره انما يكره ما كان على سبيل اللهو احتجاجا بما عن انس بن مالك رضي الله عنهما انه دخل على اخيه البراء بن مالك رضي الله عنهما وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه اخذ شمس الائمة السرخسي رح ومن المشايخ من كره جميع ذلك ومنهم شيخ الاسلام وحمل حديث البراء بن مالك رضي الله عنهما انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا وانشاد المباح من الاشعار لا بأس به ومن المباح ان يكون فيه صفة امرأة مرسلة بخلاف ما اذا كانت بعينها حية واذا كان كذلك فيجوز ان يكون المحمل قاله بتعميم المنع كشيخ الاسلام رح الا انا عرفنا من هذا ان التغني المحرم ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكور والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج اليها والدساكر والحانات والهجاء لمسلم او ذمي اذا اراد المتكلم هجاءه لا اذا اراد انشاد الشعر للاستشهاد به او ليعلم فصاحته وبلاغته ويدل على ان وصف المرأة كذلك غير مانع كما سلف في كتاب الحج من انشاد ابي هريرة وهو محرم ساقا بخنداة وكعبا ادرما قامت تريك رهبة ان تصرما وانشد ابن عباس رضي الله عنهما ان تصدق الطير ننك لميسا وذلك لان المرأة فيه ليست معينة فلولا ان انشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم تفعله الصحابة ومما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم وما سعاد غداة البين اذ رحلت الا اغن غضيض الطرف مكحول تجلو عوارض ذي ظلم اذا ابتسمت كانه منهل بالراح معلول وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه صلى الله عليه وسلم ولم ينكره في قصيدة

ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني **قال** ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة **قال** ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق

التي اولها سلبت فوادك في المنام خريدة تسقي الضجيع ببارد بسام فاما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والازهار والمياه والمطيرة كقول ابن المعتز سـ بستانا بنايات خليج كانه اذ صافحت راحة الريح مبرد ومثلها تلك الرياض قوله حتى ترى ارياح اذا مسحن غديره صقلنه ينبين كل قذاة بما الخال عليه كما على كتلطخ الحسناء في المرآة فلا وجه لمنعه على هذا نعم اذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وان كان مواعظ وحكما فللآلات نفسها لا لذلك التغني وفي المغني في الرجل الصالح لا تسمع فيه فحش لا تبطل عدالته وفي مغني ابن قدامة الملاهي نوعان محرم وهو آلات المطربة بلا غناء كالمزمار والطنبور ونحوه لما روى ابو امامة انه صلى الله عليه وسلم قال ان الله بعثني رحمة للعالمين وامرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره في غيره لما روى عن ابن عمر انه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر فان كان في وليمة سكت وان كان في غيرها عمد بالدرة وفي التجنيس سئل نجم الدين عن الذي يترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته واما القراءة بالالحان فاباحها قوم وحظرها آخرون والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ثباتها فمباح والا فغير مباح كذا ذكر وقد قدمنا في باب الاذان انه لا يحل التلحين لانه لا يكون الا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل وقد صح هناك عن الامام احمد انه قال للسائل عن القراءة بالتلحين ما اسمك فقال محمد فقال ايسرك ان يقال لك يا موحامد واما النائحة فظاهر انها في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة فاما اذا ناحت لنفسها فصرح في الذخيرة بقوله لم ترد النائحة التي تنوح في مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها لما ارتكبت معصية لاجل المال لا يؤمن ان تكتسب شهادة زور وكذا ذكر غيره وحمل عليها النهي والنوح دون الغناء والنوح في مدة طويلة لم يتعقب بذا احد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متأخري الشارحين نظر فيه بانه معصية فلا فرق بين كونه لنفسها او لا وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة وقال عليه السلام ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية رواها في صحيح البخاري ولا شك ان النياحة ولو في مصيبة نفسها معصية لكن الكلام في ان القاضي لا يقبل شهادتها لكن ذلك يحتاج الى الشهرة واصل الى ان تشتهر فانما قيد بكونها للناس بهذا المعنى والا فهو ... على ما ذكرنا في قولهم ولا مدمن الشرب على اللهو يريد شرب الاشربة المحرمة خمرا وغيرها ولذا قال محمد ره في الاصل ولا شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن السكر يريد ولو من الاشربة المحرمة التي ليست خمرا فقال بعض الشارحين شرط الادمان في الخمر يريد الاشربة يعني الاشربة المحرمة لسقوط العدالة مع ان شرب الخمر كبيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان لكن نص عليه الاصل كما سمعت فما هو جوابه هو الجواب في تقييد المشايخ لكون النياحة للناس ثم هو نقل كلام المشايخ في توجيه اشتراط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من يتهم بشربها سرا لا تسقط عدالته ولم ينقص فيه لكلية وكذا الذي ناحت في بيتها لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك للناس وانظر الى تعليل المصنف رح بعد ذكر الادمان بانه ارتكب محرم دينه مع ان ذلك ثابت بلا ادمان وانما اراد انه اذا ادمن حينئذ ليظهر انه مرتكب محرم دينه فترد شهادته بخلاف ما اذا استترت تنوح للنائحة وحينئذ فيكون كالذي يظهر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان في الرواية وصرح بان الذي يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بنيته وهو ان يشرب مرة اخرى هذا هو معنى الاصرار وانت تعلم انه سيذكر رد شهادة من يأتي بابا من ابواب الكبائر التي يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غير توقف على ان نيته ان يشرب لان النية امر مبطن لا تظهر للناس وكذا الامارات التي يتعلق بوجودها حكم القاضي لابد ان يكون ظاهرة لا خفية لانها معرفة والخفي لا يعرف والظهور بالادمان الظاهر بالبينة نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن ابطال العدالة لا يتوقف في الكبائر على الاصرار بل ان يأتيه ما يعلم ذلك وانما ذلك في الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك اما من يلعب

قال ولا من يدخل الحمام من غير ازار لان كشف العورة حرام او ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما يتخلص عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا

بالطيور فلانه يورث غفلة وهذا لانها خاصية المعروفة بالاستقراء وترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته ونقصه ولانه يقف على عورات الناس لصعود سطحه ليطير طيره وهذا يقتضي منع صعود السطح مطلقا الا ان يراد ان ذلك يكثر منه لهذه الداعية فانها داعية كالحرب في اقتضائها المواظبة عليه كما في الشطرنج فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى انهم يستمرون النهار والليل لا يسأل عن اكل ولا شرب وناس للمروءة على انه من دواعي الشيطان ولا وجدان اللعب بالطيور فعل مستخف يوجب في الغالب اجتماعا مع اناس اراذل وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة هذا وفي تفسير الكبائر كلام فقيل هي السبع التي ذكرت في الحديث وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم اكل الربوا واكل مال اليتيم وفي البخاري عنه عليه السلام اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم وما هن فذكرها وفيها السحر واكل الربوا واكل مال اليتيم وفيه عنه الا انبئكم باكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث وقد عد ايضا منها السرقة وورد في حديث من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد اتى بابا من ابواب الكبائر وقيل الكبيرة ما فيه حد وقيل ما ثبتت حرمته بدليل قطعي وقيل ما كان حراما لعينه ونقل عن خواهرزاده انها ما كان حراما محضا سمي في الشرع فاحشة كاللواطة او لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع اما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا او الوعيد بالنار في الآخرة كاكل مال اليتيم ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص قاطع الا اذا داوم على ذلك فان العدالة تزول بالاصرار على الصغائر فهذا اولى وهذا يخالف ما تقدم من عد شرب الخمر من الكبائر في نفس الحديث وذكر بعض الاصحاب في الخلاصة بعد ان نقل القول بان الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال واصحابنا لم يأخذوا بذلك انما بنوا على ثلثة بيان احدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والثاني ان يكون فيه منابذة المروءة والكرم وكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة والثالث ان يصر على المعاصي والفجور ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة ايضا وفي الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ونقله عن ادب القاضي لعصام وعليه المعول غير ان الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور ولذا شرط في شرب المحرم السكر الادمان والله سبحانه وتعالى اعلم ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يشرب لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف تسقط عدالته وفي الذخيرة والمحيط وكذا الاقامة على المعاصي والحث عليها من جملة الكبائر **قوله** ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام وفي الذخيرة اذا العرف رجوعه عن ذلك واما ما ذكر الكرخي ان من يمشي في الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لانه مخل بالمروءة **قوله** او ياكل الربوا قيده بهذا ليميل الافعال المستحقرة اما اكل الربوا فكثير اطلقوه وقيده بعضهم في الاصل بان يكون مشهورا به فقيل لان مطلقه لو اعتبر مانعا لم يقبل شاهد لان العقود الفاسدة كلها في معنى الربوا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم من اثمها منه وقيل لان الربوا ليس بحرام محض لانه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة فهو وان كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلا على امكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لا بد من كونه كذلك بخلاف اكل مال اليتيم ترد شهادته بمرة وقيل لانه اذا لم يشتهر به كان لو اوقع ليس الآفة اكل الربوا ولا تسقط العدالة به وهذا اقرب ومرجعه الى ما ذكرنا في وجه تقييد شرب الخمر بالادمان واما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجويز شهادة الزور يكفي كونه مرتكب محظور وفيه الا ترى الى ما قال ابو يوسف اذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعده ان يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لانه مخالف للنص

بخلاف

قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروءة واذا كان لا يستحيي من مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم

الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا اما الاول فالربوا اسم مختص بعقد على الاموال الربوية فيه تفاضل او نسيئة بل اكثرها كانوا عليه ليس
آتيا للربا بسبب اقتراضهم الشيء بركاة المائة وغيرها باكثر منه الى اجل فان لم يقبضه يخبره اربى عليه فتزيد الكية وهذا هو المتداول في غالب الازمان اذا
بيع درهم بدرهمين فيجالا يتحقق ذلك اصلا ولا قليلا واما اكل مال اليتيم فانه يقينا احد ونصوا انه كبيرة ذاتت تعلم انه لا بد من الظهور للقاضي الا ان
الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكانه يقول يظهر لانه يحاسب فيعلم انه ينتقص من المال والحاصل ان الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير ان القاضي
لا يرتب ذلك الا بعد ظهوره لها فالكل جار في ذلك كلا القول اذا علم انه يلعب بالنرد بشهادة سواء قامر به او لم يقامر لما في حديث ابي داود من لعب
بالنردشير فقد عصى الله ورسوله ولعبة الطاس في بلادنا مثله لانه يرمى ويطرح باحساب اعمال وفكر وكل ما كان كذلك مما احدثه
الشيطان وعمله اهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به او لا واما الشطرنج فقد اختلفوا في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام احمد لما روينا فانه قيل ان
النردشير هو الشطرنج ولما سياتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى من قوله صلى الله عليه وسلم كل لهو المؤمن باطل الا الثلاثة تاديبه لفرسه ومناضلته
قوسه وملاعبته مع اهله رواه ابو داود عن عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم ليس من اللهو الا ثلث تاديب الرجل فرسه وملاعبته مع اهله ورميه بقوسه ونبله
وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الصلاة كاذبا والكذب عليه وتاخير صلوة عن وقتها والقامرة فلما كان للاجتهاد فيه مجرد مساغ لم تسقط
العدالة به واما ما ذكر من ان من يلعب على الطريق ترد شهادته فلاتيانه الامور المحقرة ولا تقبل شهادة اهل السعدة والذي في ديارنا ولا الا ما ساقوا وكذا
اعني الذي ياكل منها وتجدها اكثر الناس علماء ولم يبالوا فلانه صاحب مياه على ذا قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة وفي بعض النسخ المستقبحة وفي بعضها المستخفة وان لم
تكن في نفسها محرمة والمستخفة بفتح الخاء وكسرها التي يستخف الناس فاعلها او الخصلة التي تستخف الفاعل فيها ومثله المبتدع وعلى هذا المعنى قوله ولا
يستخفنك الذين لا يوقنون وذلك كالاكل على قارعة الطريق يعني مجاري الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب
بركة والناس حضور وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من لا يستحيي من الطلبة والمشي بسراويل فقط ومد رجله عند الناس وكشف رأسه في
موضع يعد فعله جفوة وسوء ادب وقلة مروءة وحياء لان من يكون كذلك لا يبعد منه ان يشهد بالزور وفي الحديث عنه م ان مما ادرك الناس من
كلام النبوة الاولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت وعن الكرخي ان مشايخنا صاروا الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سخيف اما اهل الصناعات الدنية كالكساح و
هو الذي يسمى في عرف بلاد مصر قنواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعي واحمد ووجه كثرة خلفهم الو عدوكذبهم ورايت اكثر خلف
الوعد السكري والاصح تقبل لانه قد تولاها قوم صالحون فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله النخاسون والدلالون فانهم يكذبون كثيرا زيادة
على غيرهم مع حلفهم فلا يقبل الا من علم عدالته منهم وقيل لا تقبل شهادة بائع الاكفان قال شمس الائمة هذا اذا ترصد لذلك العمل اما اذا كان يبيع الثياب
ويشتري منه الاكفان فيقبل لعدم تمنيه الموت للناس مع الطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى او باع او اجر وقبض
المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا والحق في الكذب بين القول والكتابة والصحيح تقبل اذا كان غالب حالهم الصلاح فانهم غالبا انما يكتبون بعد صدور العقد وقبل
صدوره يكتبون على المجاز تنزيلا له منزلة الواقع فيستغنون عن الكتابة اذا صدر المعنى بعدها ورد بعض العلماء شهادة القروي والاعرابي وعامة
العلماء تقبل الا لمانع غيره ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه المسخرة وفي الحديث ويل للذي يحدث ويكذب ليضحك منه الناس
ويل له ويل بلا خلاف وقال رضي الله عنه سمعت مشايخنا رحمهم الله كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان احيانا تقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته واما في ديارنا فكثير

من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق
ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه فصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق
من حيث التعاطي اما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم

قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره
ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون
من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف
شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول

يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يده بخلاف الكلام لا من يحلف في كلامه كثيرا ونحوه وحكي ان الفضل بن الربيع شهد عند ابي يوسف فرد شهادته فشكاه
الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يقول للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا
شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك فعذره الخليفة والذي عندي ان رد ابي يوسف شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره انا عبدك انما
هو مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكوني تحت امرك ممتثلا له على اهانة نفسي في ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذبا محظورا
شرعا ولذا وقع المجاز في القرآن ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه وتملقه لاجل الدنيا فسوغها لغيره هذا الكلام فاذا قيل للخليفة
عدل الى الاعتناء بامر يقرب من مأثمه والحاصل ان ترك المروءة مسقط للعدالة وقيل في تعريف المروءة ان لا ياتي الانسان ما يعتذر منه مما
يبخسه عن مرتبته عند اهل الفضل وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دني والسخف رقة العقل من قولهم
ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وعن ابي حنيفة رح لا اقبل شهادة البخيل وقال مالك ان فرط لانه يؤديه الى منع الحقوق قوله ولا من يظهر سب
السلف كالصحابة والتابعين ومنهم ابو حنيفة رح وكذا العلماء ونص ابو يوسف رح على عدم قبوله قال لانه اذا اظهر سب واحد من المسلمين سقط
عدالته فاذا اظهره في واحد من الصحابة بحيث يكون مقصودا لا وقيد بالاظهار لانه لو اعتقده ولم يظهره فرط عدالته تقبل شهادته وكذا قال ابو يوسف من رواية
ابن سماعة لا اقبل شهادة من يشتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل شهادة من تبرأ منهم لان اظهار الشتم مجونة لا ياتي بها الا الانذال
والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبري لانه يعتقده دينا مرضيا عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من اهل الاهواء وشهادة
اهل الاهواء جائزة قوله وتقبل شهادة اهل الاهواء اكلاهم من المعتزلة والقدرية والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى اهل السنة الا الخطابية وهم طائفة
من الروافض لا لخصوص معتقدهم وهو اعتقادهم حل الكذب كما تقبل عنهم انهم يشهدون لمن حلف لهم انه محق ايردون وجوب الشهادة لمن كان
على رايهم وهو الذي ذكره المصنف قبول شهادتهم لشيعتهم كذلك ولغير شيعتهم للاعتزال وما نقله المصنف عن الشافعي هو قول مالك وابي حامد من الشافعية
واما قول الشافعي نكثر حديثنا بلا اختلاف ووجه قول مالك ان البدعة في الاعتقاد من اعظم الفسوق فتوجب رد شهادته بالآية ولنا ان صاحب الهوى
مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى انه بالكبيرة كالخوارج فهو ابعد من التهمة واما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام
فكان المراد منها الفسق الفعلي لنا قال محمد بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص
اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتبار القول الاصح من ان قبول الرواية ايضا مشروط بعدم الفسق فظاهر المعنى وجه
ان من رد شهادة الفاسق تهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى ابي الخطاب محمد بن ابي وهب الاجدع وقيل محمد بن ابي زينب الاسدي الاجدع
وخرج ابو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس وادعى الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو واصحابه وصلبه
عيسى بالكناسة قوله وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض قيد بقوله بعضهم على بعض ليخرج شهادتهم على المسلم فيدخل في اللفظ شهادة الملل بعضهم على بعض اجرائها
نص عليه بقوله وان اختلفت مللهم احترز به من قول ابن ابي ليلى وابي عبيد لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه وقال مالك والشافعي
لا تقبل اصلا لانه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون ووقع في كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفي النهاية الصحيح في النسخة المصححة
شيخي قال تعالى والكافرون هم الفاسقون اذ الذي في القرآن والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادتهم على المسلم كالمرتد

قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل
شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا
من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن

بذلك الحاكم بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بعدل ولا مرضي ولا مسلما ولا تقبل شهادته على المسلم فوجبا القضاء على ذمي بشهادة
ولا يلزم على المسلم شيء بقوله قال المصنف ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض قال الامام المخرج غريب وهو غير مطابق للمدعى وهو ان شهادة بعضهم
على بعض جائزة وان اختلفت مللهم وهو قال اهل الكتاب من النصارى وافق وكذا اخرجه ابن ماجه عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض ومجالد فيه مقال ثم قال شيخنا علاء الدين ولو جعلنا ابتداء النسخ اليهودية لليهود وعكسه النصارى وذكر ما رواه ابو داود
بهذا الاسناد جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ائتوني باعلم رجلين منكم فأتوه بابني صوريا فنشدهما الله كيف تجدان
امر هذين في التوراة قالا نجد في التوراة اذا شهد اربعة منهم انهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما قال فما يمنعكما ان ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول
الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاء اربعة فشهدوا انهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما قال كذا وجدته في نسخة صحيحة
بخط يده وهو تصحيف وانما هو فدعا بالشهود وكشفت نحو عشرين نسخة وكذا رواه اسحاق بن راهويه وابو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني
كلهم قالوا فدعا بالشهود وقال في التنقيح قوله في الحديث فدعا بالشهود فشهدوا الزيادة في الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرد به انتهى كلامه لكن الطحاوي
اسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه انه صلى الله عليه وسلم قال ائتوني باربعة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل قصره على مجالد يجري فيه ما ذكرنا ان الراوي الضعيف
اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط ولا شك ان رجمه عم كان بناء على ما سأل من حكم التوراة فيهما واجيب من ان حكمها الرجم
بشهادة اربعة اذ هو يوافق ما انزل اليه فلا بد من كونه بنى على شهادة اربعة في نفس الامر منهم وان لم يذكر في الرواية المشهورة لان القضية كانت قضايا عين وقد
في محال لهم واما كتمهم فهذه دلالة على ان مجالدا لم يغلط في هذه الزيادة وانت علمت في مسألة اهل الاهواء ان طرد الآية تفسق لافعال الانه الذي تحتم كذبا
بالكذب لا الاعتقاد والا ان شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت شهادتهم على بعضهم بحالها ثم استدل المغني ويقينا
الذمي من اهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على اولاده الصغار ومماليكه فجازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد فليس عليه لهم اذ لا ولاية له اصلا فلا شهادة
له ولانه مقبول على المسلم الغير متقيد وكان منهما فيه بخلاف اهل ملة على اهل ملة اخرى ان عادة البعض منهم تحت قهر الآخر فلا حامل على المنقول عليه والخفي ما فيه اذ
مجرد العداوة مانع من القبول كما في مسلم يعادي مسلما ثم قيد المغني حديث مضعف بعمر بن راشد رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي هريرة ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على ملة الا امة محمد صلى الله عليه وسلم فانها تجوز على ملة غيرهم ايضا فقول الراوي اجاز شهادة
اهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل ان يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض وبعض النصارى على بعض فلا عموم
لها ويحتمل انه حكاية تشريع قولي فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا يكون حجة علينا غير ان في هذه خلافا في الاصول ورجح الثاني وهي
مسألة قول الراوي مثل قضى بالشفعة **قوله** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربي
لو دخل بلا امان قهرا استرق ولا شهادة للعبد على احد وذلك لان الذمي اعلى من المستأمن لانه قبل خلف الاسلام
وهو الجزية فهو اقرب الى الاسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذمي عنده لا بالمستأمن وقوله بخلاف الذمي متصل بقوله فان
كانوا من دارين يعني تقبل شهادة الذمي على المستأمن وان كانا من اهل دارين مختلفين لان الذمي
بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمي وانما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لان المستأمن

وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة
من توقى الكبائر كلها وما سوى ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق **قال** وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الوصف عدلا **قال** والخصي لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده **قال** وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل **قال** وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص **قال** وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشائخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة

من اهل ديارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن اهل الحرب في الارث والمال **قوله** واذا كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته هذا هو المعنى المروي عن ابي يوسف في حد العدالة وهو احسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يتعرض للمروءة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصي والمروي عن ابي يوسف هو قوله ان لا ياتي بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره اكثر من هتكه وصوابه اكثر من خطائه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة وهكذا نقله القاضي ابو حازم حين ساله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال له احسن ما نقل في هذا الباب ما روي عن ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري القاضي ثم ذكر ذلك فكان ينبغي الى قوله ومروءته ظاهرة وقول المصنف فاما الالمام بمعصية فلا ينقدح به العدالة يريد الصغيرة ولفظ الالمام واللمم اشهر في الصغيرة ومنه قول ابي خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة ان تغفر اللهم تغفر جما واي عبد لك لا الما كذا اورده ... عنه بسنده ونسبه الخطابي الى امية ونسبه صاحب التيسير الى النبي صلى الله عليه وسلم غلط ولا باس بذكر افراد نص عليها منها ترك الصلوة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه في دينه وحاله وان كان متأولا في تركها كان يكون معتقدا افضلية اول الوقت والامام يؤخر الصلوة او غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة بغير عذر ومنهم من اسقطها بمرة واحدة كالحلواني ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسي والاول اوجه وذكر الاسبيجابي من اكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه غير التقوي على صوم الغد ومؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان والامير عند قدومه وشهادة شيخ صالح لمحاسبته في نفقته في طريق مكة كانت رد سنة عينيا ويشاحه تشهد بالبخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة او التفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى ارض الكفار وقرى فارس ونحوها مخاطرة بنفسه ودينه لنيل المال فلا يؤمن ان يكذب لاجل المال ورد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد زكوته اخذ الفقيه ابو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل ما ياخذ سوق النخاسين مبايعة واشهد على وثيقة بالشهود قال المشائخ ان شهد واحل لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشري السلطان على ضمان الجبايات والاجارات المضافة وعلى الحيوة ... عندهم والذين في ديوانهم **قوله** وتقبل شهادة الاقلف نص عليه الخصاف قال وتجوز صلوته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة الاخوف من الهلاك وكل من يراه واجبا تبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة وعن ابن عباس رض انه لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته اراد به المجوسي الا ترى الى قوله ولا تؤكل ذبيحته **قوله** والخصي اذا كان عدلا ولا مانع لان ما فعل امر مظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا امتنع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون رواه ابن ابي شيبة بسنده ورواه ابو نعيم في الحلية ثنا اسمعيل بن مسلم عن ابي المتوكل الناجي ان الجارود شهد على قدامة انه شرب الخمر فقال له عمر هل معك شاهد آخر قال لا فقال عمر يا جارود ما اراك الا مجلودا فقال يشرب ختنك الخمر واجلد انا فقال علقمة الخصي لعمر اتجوز شهادة الخصي قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني اشهد اني رايته يتقيؤها فقال عمر ما قاءها حتى شربها فاقامه ثم جلده واخرجه عبد الرزاق مطولا **قوله** وولد الزنا اي تقبل شهادته في الزنا وغيره ولا تزر وازرة وزر اخرى وعن مالك لا تقبل في الزنا وهو منا هو قوله في الكتاب وشهادة الخنثى المشكل جائزة اذ شهد مع رجل وامرأة فان شهد مع رجل احد وامرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور الحكم بانه رجل او امرأة فيعمل بمقتضاه **قوله** وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان لان العمل نفسه ليس بفسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجباية المال الواجب ولو كان فسقا لما وليه ابو هريرة وابو موسى الاشعري لعمر وكثير وهذا احسن ما قيل ولو كان فسقا لما وليه ابو بكر وعمر وعثمان لان هؤلاء خلفاء والعمال في العرف من يوليهم الخليفة عملا فيكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل ما لم يظهر ... عنه الظلم

قال وإذا شهد الموصى لهما أن الميت أوصى إلى هذا الرجل جازت استحسانا وفي القياس لا تجوز، وعلى هذا إذا شهد الوارثان أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما، وهذا إذا ادعى المشهود له. وجه القياس ما بينا. وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة، والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما، بخلاف ما إذا أنكرا ولم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة، وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفا لأنهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما. قال وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكره لم تقبل شهادتهما لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة. قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الإلزام، ولأن فيه هتك الستر والستر واجب والإشاعة حرام وإنما يرخص ضرورة إحياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم، إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك تقبل لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم

وقيل المراد ما روي عن أبي يوسف في الفاسق الوجيه، وعلمت ما فيه ورده شهادة الوزير لقوله للخليفة أنا عبدك يبعد هذه الرواية. وقيل المراد بالعمال الذين يعملون ويؤاجرون أنفسهم للعمل لأن من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة فأفرد هذه المسألة لإظهار خلافهم، وكيف لا وكسبهم أطيب كسب. وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا تقبل. وقدمنا عن البزدوي أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وإن كان أصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته. والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد، ومثله المعرفون في المراكب والعرفاء في جميع الأصناف وضمان الجهات في بلادنا لأنهم كلهم أعوان على الظلم. قوله (وإذا شهد الرجلان) صورتها رجل ادعى أنه وصي فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بالمال أو وارثان أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا، والقياس أن لا تجوز لأن شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد، أما الوارثان فلقصدهما نصب من يتصرف لهما وتربيحا ويقوم بإحياء حقوقهما، والغريمان الدائنان للموصي إما لوجود من يستوفيان منه، والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع إليه، والوصيان من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة، وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل. وجه الاستحسان أنا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضي شيئا لم يكن واجبا عليه بل إنما اعتبرناها على وزان القرعة لا تثبت بها شيء، ويجوز استعمالها لفائدة غير الإثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب في السفر بإحدى نسائه ولدفع التهمة عن القاضي في تعيين الأنصباء، فكذا اعتبرنا الشهادة في هذه الصورة وإنما اعتبرناها لفائدة إسقاط تعيين الوصي عن القاضي، فإن للقاضي لو ثبت الموت ولا وصي أن ينصب الوصي، وكذا إذا كان للميت وصي وادعى العجز، وهذه الصور من ذلك، فإن الشهادة لم تثبت شيئا إذ ثبت الموت فللقاضي أو عليه أن ينصب وصيا، فلما شهدا لهذا الرجل فقد رضوه واعترفوا بالأهلية الصالحة لذلك فكفى القاضي بذلك مؤنة التفتيش على الصالح، وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية أوجبتها الشهادة المذكورة، وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بالعجز شرعا عن التصرف إلا أن يكون معهما أو بعجزهما الميت معهما حتى أدخل معهما فصح نصب القاضي الآخر. وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لأن القاضي لا يملك نصب وصي قبل الموت إلا في شهادة الغريمين المديونين فإنه لا يشترط في إثبات ذلك الموصي الذي شهدا له ثبوت الموت بأنهما مقران على أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فيصير في حقهما كأن الموت ثابت فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعا، وهذا بخلاف ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض ديونه حيث لا تقبل لأنه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت الغائب وكالته لكان ثبوتها بهذه الشهادة وهي لا تقبل لمكان التهمة فيها على ما عرف. وإذا تحققت ما ذكرنا ظهر أن عدم قبول هذه ثابت قياسا واستحسانا إذ ظهر أنه لم يثبت بها شيء وإنما ثبت عندها بنصب القاضي رضيا اختاره، وليس هنا موضع غير هذا ينسب إليه القياس مع الاستحسان أو اعتبار في نفس إيصاء القاضي إليه قياس بإيجاب، فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا، والمنقول عن أصحاب المذهب في الجامع الصغير ليس إلا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في شاهدين شهدا لرجل أن أباهما أوصى إليه قال جائز إن ادعى ذلك، وإن أنكر لم تجز شهادتهما، وإن شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلا في ذلك كله لأن القاضي لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهي ليست بموجبة. فرع لا تقبل شهادة الوصي للصبي بعد العزل ولو شهد للورثة الكبار تقبل وإن كان في حال الوصاية. قوله (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم به) قيل قوله ولا يحكم به تكرار، أجيب بجواز أن لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم الإسماع عدم الحكم فنص على نفي الأمرين. والمراد الجرح المجرد عن حق الشرع أو العبد، فإن كان متضمنا أحدهما سمعت الشهادة وحكم بها، وذلك بأن يشهدوا أن الشهود فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو أنهم رجعوا عن الشهادة

قال ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لم تقبل لأنه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وإن كان أمرا زائدا عليه فلا خصم في
إثباته لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي
كان في يده تقبل لأنه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا إذا أقامها على أني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا
علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعي

أو على إقرارهم أنهم أجراء في هذه الشهادة أو إقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو إقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة
ففي هذه الوجوه لا تقبل الثلاثة أوجه أصحها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف حيث الشهادة إنما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم والفسق
لا يدخل تحت الحكم لأن الحكم الإلزام وليس في وسع القاضي إلزام الفسق لأنه يمكنه رفعه في الحال بالتوبة الثاني أن المجرد هذه الشهادة يفسق الشهود فلا تقبل شهادتهم
وهذا لأن فيه إشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه قال تعالى إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم فإن قيل ليس المقصود إشاعة الفاحشة
بل دفع الضرر عن المشهود عليه أجيب بأن دفعه يندفع في إفادة القاضي على وجه لا إشاعة فيه بأن يشهد في مجلس القضاء المشتمل على ملأ من الناس بل ينبغي
أن يخبر القاضي سرا فيعرض على هذه الصور التي ذكرنا ومنها لو أقام رجل يعني المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لهذا الأداء لأنه على جرح مجرد قال قيل
الاستئجار أمر زائد على مجرد الجرح أجاب المصنف عنه بقوله والاستئجار وإن كان أمرا زائدا فلا خصم في إثباته لأن المدعى عليه ليس نائبا عن المدعي في إثبات
حقه هذا بل أجنبي عنه وأورد أنه ينبغي أن تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو أن يجعلوا مزكين لشهود المدعي فيخبرون بالواقع
من الجرح فيعارض تعديلهم وإذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح أجيب بأن العمل في زماننا تخيير القاضي سرا اتقاء من إشاعة الفاحشة والتعادي
وأما الرجوع عن الشهادة فلأنه لا يسمع إلا عند القاضي وقول الشاهد لا شهادة عندي للشك أو ظن منه أو بعد ما عفت فلا تقبل وأما لو كان الجرح غير مجرد
بل تضمن إثبات حق للعبد أو لله سبحانه بأن يشهدوا أن المدعي استأجرهم بعشرة وأعطاها إياهم من مالي الذي كان في يده أو أني صالحتهم على كذا ودفعته
إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا وقد شهدوا وأنا أطالبهم بهذا المال الذي وصل إليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا إلخ لكن لم أدفع إليهم المال لا تقبل
لأنه جرح مجرد وكذا إذا شهدوا أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شرب الخمر أو سرق مني أو زنى أو شريك المدعي فيما ادعى به من المال أو
شهدوا على إقرارهم بأنهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الأمر قبلت أو على إقرار المدعي أنهم فسقة ونحو ذلك من إقراره بما يبطل شهادتهم
كإقرار المدعي أنه استأجرهم تقبل في ذلك كله لأن منه ما تضمن حقا للعبد ومواضعه ظاهرة وفي ضمنه يثبت الجرح ومنه الشهادة برقهم فإن الرق حق العبد ومنه
ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بفسقهم وشربهم وزناهم أو غير حد كالشهادة بأنهم محدودون فإنها قامت على إثبات قضاء القاضي وقضاء القاضي
حق الشرع ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن إشاعة فاحشة فتقبل ومنه شهادتهم أنهم شركاء المشهود له وليس فيه إظهار الفاحشة فيقبل فيفسر الشركة
كالمعاينة والمراد أنه شريك المفاوضة فيما يحصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة إلا أن يراد أنه شريك في المدعى به وإلا أن إقراره بأن المدعى لهما وكذا
كل ما يشهدون به على إقرار المدعي بما ينسب إلى شهوده من فسقهم ونحوه وليس فيه إشاعة منهم بل إخبار عن إخبار المدعي عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه لكنه
وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والإنسان مؤاخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الإشاعة في شهادتهم أنهم محدودون إنما هي منسوبة
إلى قضاء القاضي أو شهادة القذف هذا وقد نص الخصاف في الجرح المجرد أنها تقبل الشهادة وقيل في وجه أنه يسقط
العدالة تقبل كالرق وأنت سمعت الفرق وأول جماعة قول الخصاف بحمله على شهادتهم في إقرار المدعي
بذلك أو أنه يجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر وقد تقدم في هذا ما يمنعه ثم قد وقع في عدم صور عدم القبول
أن يشهدوا بأنهم فسقة أو زناة أو شربة الخمر وفي صور القبول أن يشهدوا بأنه شرب
أو زنى لأنه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج إلى جمع وتأويل

قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي فإن كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك إذا اختلف وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب وهذا إذا كان موضع شبهة فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

قوله ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي أي أخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره أو بزيادة باطلة بأن شهد بألف ثم قال أوهمت إنما هي خمسمائة أو بالعكس بأن شهد بخمسمائة فقال أوهمت إنما هي ألف جازت شهادته إذا كان عدلا ثابت العدالة عند القاضي وإلا فيسأل عنه فيعدل ووجهه أن الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجلس القضاء إذ الطبع البشري النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما إذا غاب ثم جاء فقال ذلك لتمكن تهمة استغواء المدعي في الزيادة والمدعى عليه بالنقص في المال فلا تقبل وعلى هذا إذا غلط في بعض الحدود بأن ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه وفي بعض النسب بأن قال محمد بن أحمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر ثم تذكر في المجلس تقبل وبعده لا وإذا جازت فلم ترد فبماذا يقضى قيل بجميع ما شهد به أولا ما شهد به صادقا للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله أوهمت ولا بد من تقييده بأن يكون المدعي يدعي الزيادة فإنه لو شهد له بألف فقال الشاهد بل ألف وخمسمائة لا يدعي إلا ألفا لا يقضى بألف وخمسمائة وصورة المسألة على التقدير الذي هو أن يدعي ألفا وخمسمائة فشهد بألف ثم يقول أوهمت إنما هو ألف وخمسمائة لا ترد شهادته لكن هل يقضى بألف أو بألف وخمسمائة قيل يقضى بالكل وقيل بما بقي فقط وهو الألف حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وإنما هو خمسمائة يقضى بخمسمائة فقط لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بألف كذا إذا غلطوا إليه قال شمس الأئمة السرخسي فعلى هذا قوله في جواب المسألة جازت شهادته أي لا ترد ولكن لا يقضى إلا بما أخبروا سواء كان ذلك قبل القضاء أو بعده وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا شهدا لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعده وقالا أوهمنا وهما غير متهمين قبلت شهادتهما والظاهر هذا أنه يقضى بالكل وعن أبي يوسف في رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت في كذا وكذا فإن كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي وإن لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وعن محمد إذا شهدوا بالدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لمن البناء فإني لا أضمنهم قيمة البناء كما لو قالوا شككنا في شهادتنا وإن قالوا ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم بهذا أن الشهود لا يختلف الحكم من قولهم شككنا قبل القضاء وبعده في أنه تقبل إذا كانوا عدولا بخلاف ما إذا لم يكن موضع شبهة وهو ما إذا ترك لفظة الشهادة والإشارة إلى المدعى عليه أو المدعي أو سهوا عن اسمهما فإنه وإن جاء بعد المجلس يكون قبل القضاء لأن القضاء لا يتصور بلا شرط وهو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون القضاء قضاء **فروع** من الخلاصة وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجل من أهل القرية أنه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود أولاد في المكتب قبلت فإن كان لهم فيه أولاد فالأصح أنه تجوز أيضا وكذا لو شهد أهل المحلة للمسجد بشيء وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهلها تقبل وكذا إذا شهدوا أن هذا المصحف وقف على هذا المسجد ولو شهدوا أنه أوصى لفقراء جيرانه وللشهود أولاد محتاجون في جوار الموصي قال محمد لا تقبل للابن وتقبل للباقين وفي الوقف على فقراء جيرانه كذلك في وقف هلال قال وتقبل شهادة الجيران على الوقف وكذا ذكر الخصاف في أوقافه فيمن شهد على أنه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه أنه أو على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لأن فقراء الجيران ليسوا قوما مخصوصين ألا يرى أنما النظر إلى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة فمن انتقل منهم عن جواره لم يكن له في الغلة حق ألا ترى إلى رجلين فقيرين من أهل الكوفة لو شهدا أن رجلا جعل أرضه صدقة موقوفة على فقراء أهل الكوفة أن الشهادة جائزة فإن الوقف ليس لهما بأعيانهما خاصة ألا ترى أنه لو أعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا وكذلك كل شهادة لا تكون خاصة إنما هي عامة مثل أهل بغداد وأهل البصرة ونحو ذلك فإن الشهادة جائزة وذكر قبل هذا بأسطر أن شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه شهادتهما

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل

باطلة وكان الفرق بينهما في هذه الصورة اذ الاجيران لسواهما بخلاف تلك الصورة ولو شهدوا انه اوصى بثلثه للفقراء واهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض اهل القرية على بعض اهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل لو كان خراج كل ارض معينا او لا خراج للشاهد تقبل وكذا اهل قرية شهدوا على ضيعة انها من قريتهم لا تقبل وكذا اهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل في النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا اخذ شيئا تقبل وهكذا في قول المدرسة هذا وفي فتاوى النسفي وقيل لو كانت السكة نافذة مطلقا وفي الاجناس في الشهادة على الوصية للفقراء واهل بيت الشاهد فقراء لا تقبل لها ولو شهدا انه اوصى بثلثه لفقراء بني تميم وهما من بني تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئا ومنه لو شهدا انه جعل ارضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا او فقيران لم تجز شهادتهما ووضع هذه الخصاف فيما اذا شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على اهل بيته وهما من اهل بيته فهي باطلة قال وكذا اذا شهدا على فقراء اهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا كانا غنيين قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا ثبت الوقت لهما بشهادتهما وكل شهادة تجر نفعا للشاهد او لابويه والولاده او زوجته لا تجوز ✦ ✦

باب الاختلاف في الشهادة الاختلاف في الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع من جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع اما من رؤية كما في الغصب والقتل او سماع باقرار وغيره والشاهدان مستويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلذا اخره عما لم يذكر فيه خلاف قوله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو المدعي وقد وجدت الدعوى فيما يوافقها اي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فانها لما لم يطابقها صارت الدعوى بشيء آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة ثم اعلم انه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل اما المطابقة او كون المشهود به اقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان اكثر فمن الاقل ما لو ادعى نكاح امراة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضي بمهر المثل اذا كان قدر ما سماه او اقل فان زاد عليه لا يقضي بالزيادة وكذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر انه انما يستقيم اذا كانت هي المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا او بالنتاج فشهدوا في الاول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلت لان الملك بسبب اقل من المطلق فانه يفيد الاولية بخلاف السبب يفيد الحدوث والمطلق اقل من النتاج لان المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده في الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه اما لو جهله فقال اشتريته او قال من رجل او زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية ذكر الخلاف في القبول رشيد الدين ومن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب واختلف المشايخ فيه والاصح لا يحل لانه كيف يحل ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال خصمه منه بل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت في الخلاصة تقبل وحكى في فصول العمادي خلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء

لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

معتبرة فى الغصب الا كالمطلق الا يرى انه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا فى
شرح الحيل للحلوانى فلو ادعى الدين بسبب آخر من شبهة فشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الائمة محمود الاوزجندى لا يقبل قال فى المحيط فى المسئلتين يدلان على القبول وعندى الوجه القبول لان اولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك
المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بالسبب حمل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا
اولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانه يحتمل ما شهدوا به اولا ولو ادعى المطلق فشهد احدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك
الحادث كما لو شهدوا جميعا وكل ما كان بسبب حتى اذا شراء او هبة فهو ملك حادث ولو ادعى السبب فشهد احدهما به والآخر مطلقا لا تقبل
كما اذا شهدوا جميعا بالمطلق وان ذا اليد قبضه بغير حق وهو سواء بينه وبين كدعوى المطلق فارخ احد الشاهدين دون الآخر تقبل فى دعوى غير المورخ
لا فى دعوى الملك المورخ ولو ادعى الشراء بسبب ارخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لانه اقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان للشراء شهران فارخوا
شهرا تقبل وعلى القلب تقبل ومن الزيادة والنقصان ما تضمنه هذه الفروع التى تذكرها دار فى يد رجلين اقتسماها وغاب احدهما فادعى رجل على الحاضر
ان له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا ان له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لانها باكثر من المدعى به ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها
ومرافقها وشهدوا انها له ولم يستثنوا شيئا لا تقبل كذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منه فتقبل فى المحيط
نقلا عن الاقضية وادب القاضى للخصاف اذا ادعى الملك للحال اى فى العين فشهدوا ان هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها اثبتت الملك
فى الماضى فيحكم بها فى الحال ما لم يعلم المزيل وقال رشيد الدين بعد ما ذكرنا لا يجوز للقاضى ان يقول مروز ملك وى مى دانيد اى تعلمونه اليوم لانه لا
يحل للقاضى ان يقول تعلمون انه ملكه اليوم نعم ينبغى للقاضى ان يقول بل تعلمون انه خرج من ملكه فقط ذكره فى المحيط قال العمادى فعلى هذا
اذا ادعى فشهدوا انه كان له عليه كذا ينبغى ان تقبل كما فى العين ومثله ما اذا ادعى انها زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل
هذا كله اذا شهدوا بالملك فى الماضى اما لو شهدوا باليد له فى الماضى لا يقضى به فى ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة فى الملك على
ما اسلفناه وعن ابى يوسف يقضى بها وخرج العمادى على هذا ما فى الواقعات لو اقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين
انه قضى دينه ان شاهدى الاقرار يشهدان ان انه كان له عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين
وشهدوا انه كان له عليه تقبل هذا غلط فانه انما تعرض لما يسوغ له ان يشهد به لا للقبول وعدمه بل ربما يؤخذ من منعه من الشهادة بالدين دلالة على
ثبوت القبول فى مدعاها دون الاخرى كيف وقد ثبت ان بشهادة العدلين عند الشاهدين انه قضاه لا يشهدان حتى يخبر القاضى بذلك وان القاضى
لا يقضى بشئ وسيأتى من مسائل الكتاب اذا علم شاهد الالف انه قضاه خمسمائة لا يشهد ان حتى يقر بقبضها والله سبحانه اعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى
فى الماضى ان هذه الجارية كانت ملكى فشهدوا انها له اختلف فى قبولها والاصح انها لا تقبل وانما لا تقبل اذا شهدوا على طبق دعواه هذه انها كانت
له لان اسناد المدعى دليل على نفى ملكه فى الحال اذ لا فائدة فى الاقتصار على الماضى الا ذلك فلم تكن ما شهدوا به مدعى به بخلاف الشاهدين فان الاسناد لا يدل
على نفيهما اياه فى الحال لجواز قصدهما الى الاحتراز عن الاخبار بما لا علم لهما به اذ لم يعلما سوى ثبوته فى الماضى وقد يكون قد زال فيحترزان عنه وان كان ثبت
للحال بالاستصحاب فى نحو ما تقدم عن النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدوا على النقرة ولم يذكروا الجيدة والردية والوسط تقبل ويقضى بالردى بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه الله فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث

فشهدوا انه من غير تجارة او نحو ذلك فشهدوا على غير المنقول لا تقبل فيما ان من ادعى على رجل الفا ثمن بيت فشهدوا على الف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل ومن هذا ذكر في المسألة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه اشهدها عليه بذلك والذي لا علم لهما به ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اي اقرار المدعى عليه بثمن الجارية كان بمثله في الاقرار تقبل لما سيأتي وفي الكفالة اذا شهدا انه اقر انه كفل بالف عن فلان فقال الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل وان شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضي خان قالوا تقبل عند ابي يوسف ولو ادعى قرضا فشهدوا ان المدعي دفع عليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك بادن القول للذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى انه قبضا وديعة فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قبضه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدوا ان فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع ادعى انك قبضت من مال جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدا انه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به مناقضا فيعوض ولا يشير اليه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان ووجد شرط القبول في شهادة احدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين والواحد لا يقوم به الحجة للقاضي وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل احد القيام في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر **قوله** ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ اي يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى ايضا لوجوب القضاء والشرط في مطابقة الشهادتين عند ابي حنيفة رحمه الله في اللفظ والمعنى والمراد من مطابقتهما تطابق لفظيهما على افادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ او بمرادفه حتى لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل لا بطريق التضمن فلو شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل فلم يقض بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين بخلاف ما لو كان يدعي الفا لا يقضى بشيء اتفاقا لانه اكذب شاهد الالفين الا ان وفق فقال كان لي عليه الفان فقضاني الفا او ابرأته من الف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضى له بالالف وعلى هذا لو شهد احدهما بمائة والآخر بمائتين او بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لا يقضى بالطلاق اصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والدرهم والدرهمان وهذا في دعوى الدين اما في دعوى العين بانه كان في الكيس الف درهم فشهد احدهما ان جميع ما في الكيس له وهو الف درهم والآخر ان نصف ما فيه له وهو الف قبلت شهادتهما ان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره البخاري لقولهما قال المصنف ومحمد في رواية مع الشافعي ولهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف وخمسمائة حيث اتفقا على انه تقضى بالالف كذلك وهو انهما اجتمعا على الشهادة بها ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا في لفظ غير مرادف لان الالف لا يعبر عن الالفين ويلزمه اختلاف المعنى

أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف
والألف والخمسمائة ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ وهذا لأن
الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المال

فأشار إلى أن الألف والألفين جملتان أي عددان متباينان فحصل على كل واحدة منهما شاهد فصار كما إذا اختلف جنس المال بأن شهد أحدهما بكر شعير والآخر
بكر حنطة أو بيض والآخر بأنها سود والمدعي يدعي السود لا تقبل على شيء أصلا لأن المدعي أكذب شاهد البيض إلا أن يوفق المدعي فيقول كان لي بيض
فأبرأته من صفة الجودة فتقبل حينئذ أما لو كان يدعي البيض ولها مزية فإنه يقضي بالسود ولم يحكوا خلافا وذكر في الخلاصة من الأقضية وكذا
لو شهد المدعي بكر حنطة وقال أحدهما جيدة والآخر ردية والدعوى بالأفضل يقضي بالأقل كذا لو ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية والآخر
بخارية والمدعي يدعي النيسابورية وهي أجود يقضي بالبخارية بلا خلاف فيحتاج إلى الفرق على قول أبي حنيفة وهو أنهما اتفقا على الكمية
والجنس فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة فإن قيل لم يقع جواب قولهما الشاهد بالألفين شاهد بالألف في ضمنها فقد اجتمعا عليه وتفرد أحدهما بالزيادة
فلا تقبل أجيب بأنه ما شهد بها إلا من حيث هي جزء الألفين وإنما تثبت الألف في ضمن ثبوت الألفين لأن المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم
تثبت الألفان فلم تثبت الألف فإن قيل يشكل على قوله ما لو ادعى ألفين وشهدا بألف تقبل للاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة
وهي شرط وعلى قول الكل ما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضي ببينونة أصلا مع اتفاقهما على البينونة وتقدم أن اختلاف
اللفظ وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل أجيب عن الأول بأن الاتفاق بين الدعوى والشهادة وإن اشترط لكن ليس مثل
وزان الاتفاقية بين الشاهدين ألا يرى أنه لو ادعى الغصب والقتل فشهدوا على إقراره به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على إقراره به لا تقبل نعم فقد
حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فإنه لما كان يدعي الألفين كان مدعيا الألف وقد شهد به اثنان صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالألف والألفين
لم يشهد بها الشاهد بالألفين إلا من حيث هي الألفان ولم تثبت الألفان وفي المبسوط والأصل الذي يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة يعني قبل الدخول
وآخران بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلاث لا على شاهدي الواحدة ولو اعتبر ما قالا إن الواحدة توجد
في الثلاث كان الضمان عليهما جميعا ولا يلزم ما إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لأن التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض إليها
فيها والملك يوجد من مملوكها ما شاء كما لو طلقها ألفا تقع الثلاث بملكه القدر غير أنه لغا ما فوق الثلاث ثم عاد أما عن الثاني فيمنع الترادف لأن معنى خلية ليس
معنى برية لغة والوقوع ليس إلا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا إن الكنايات عوامل بحقائقها وهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين
المتباينين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة والمتباينات قد تشترك في لازم وهذا خلاف ما نحن فيه لأنه ما ثبت اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فإن هذا يقول لم تقع
البينونة إلا بوصفها بخلية والآخر لم تقع إلا بوصفها برية وإلا فلم تقع البينونة هذا كله إذا لم يدع المدعي عقدا أما إن ادعى المال في ضمن دعوى العقد في البيع والإجارة
والجواب يأتي في آخر الباب ثم اعلم أن من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبي حنيفة ذكرها ولم يذكر خلافا بل أشار إلى أنها اتفاقية فإنه ذكر
فيما إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها قال أقبل لزيد ثلث غلتها الذي أجمعا عليه والباقي للمساكين
وكذا إذا سمى أحدهما مالا لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما اجتمعا عليه وكذا إذا شهد أحدهما أنه قال يعطى زيد من غلة هذا الوقف
من كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفا قال أقدر نفقته ونفقة عياله في العام فإن كانت أكثر من الألف حكمت
له بالألف أو الألف أكثر أعطيته نفقته والباقي للمساكين هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أورد على نفسه فقال قلت لم أجزت هذه
الشهادة وقد اختلفا في لفظها قال المعنى فيها إذا أقرا أن الواقف أن لزيد بعض هذه الغلة فأجعل لها الأقل انتهى فإيراده هذا السؤال مؤذن

قال وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى والعطف يقرر الأول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لأنه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الألف والألفين وإن قال المدعي لم يكن لي عليه إلا الألف فشهادة الذي شهد بالألف والخمسمائة باطلة لأنه كذبه المدعي في المشهود به وكذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لأن التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان أصل حقي ألفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت لتوفيقه **قال** وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله إنه قضاه لأنه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخر وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضي بخمسمائة لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة وجوابه ما قلنا **قال** وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لأن المدعي أكذب شاهد القضاء قلنا هذا إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول

ذكرت أنه أشار إلى أنها اتفاقية وإن إيراده ليس إلا باعتبار قول أبي حنيفة رحمه الله وقولهما وقد اختلف لفظهما صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة انتهى وحاصله أنا علمنا استحقاقه بعض هذا المال وترددنا بين الأقل والأكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر **فروع** ادعى المبيع معيبا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد آخر على إقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما أنه ملكه والآخر على إقرار ذي اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد أحدهما بمعاينة القبض والآخر على إقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين المرغيناني هذا كالغصب كشاهد الوديعة لو ادعاها فشهدا بإقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر بالإقرار به لا تقبل قياس الغصب على قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشتري أقر بذلك تقبل للموافقة لأن اللفظ حكمهما واحد وقيل في اختلاف لأن الإبراء إسقاط والهبة تمليك المال أو حيلا له وإن كان إسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على إقرار المدعى عليه بأن المدعى في يده والآخر في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى دارا فشهد أنها داره والآخر على إقرار ذي اليد أنها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الإقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على إقراره بها لا تقبل وبخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل بخلاف ما لو شهد الآخر أنها كانت في يده وإذا رجعت القاعدة التي تحكم من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثير من الفروع والله سبحانه عليم **قوله** وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لأنهما اتفقا على الألف لفظا ومعنى وانفرد أحدهما بالشهادة بخمسمائة أخرى منصوص مخصوص كتبا لا تقبل الشهادة بالألف كما لو شهد أحدهما بألف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما ولو كان إنما يدعي الألف لم تقبل في شيء لأنه أكذب شاهد الألف وخمسمائة ظاهرا لأن السكوت في موضع البيان بيان إلا أن وفق فقال كان حقي ألفا وخمسمائة فقضاني أو أبرأته خمسمائة على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحا لا يقضى بشيء ولا يكفي احتمال التوفيق في الأصح **قوله** وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قضي بالألف لقبول شهادتهما عليها ولا يسمع قوله إنه قضاه لأنه شهادة فرد ليسقط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل إلا أن يشهد معه آخر وعن أبي يوسف رحمه الله في غير المشهور عنه أنه يقضي بخمسمائة فقط لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس إلا خمسمائة وجوابه ما قلنا يعني قوله باتفاقهما عليه يعني فبعد ثبوت الألف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة بخلاف ما لو شهدا بألف وقال أحدهما إنه قضاه إياها بعد قرضه فإنه يقضي بالكل على قول الكل وعن أبي يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضاء وذكروا قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية لأنه أكذبه المدعي فهو كما لو فسقه ووجه الظاهر ما قدمنا من أنهما اتفقا وتفرد أحدهما بالآخر ولا يلزم من الإكذاب التفسيق بجواز كونه غلط قال القدوري وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أي بقضاء الخمسمائة أن لا يشهد حتى يعترف المدعي بقبضها لأنه لو شهد بألف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضي فيها بألف فيضيع حق المدعى عليه وإن شهد بخمسمائة يثبت اختلافهما أو شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلا على قول أبي حنيفة رحمه الله فيضيع حق المدعي فالوجه أن لا يشهد الذي اعترف القضاء حتى يعترف المدعي بالقدر الذي سقط عن المدعى عليه ويشهد بخمسمائة والمراد هنا من لفظ لا ينبغي لا يحل نص عليه في جامع أبي الليث وإنما نص على مسألة الجامع بعد مسألة القدوري لأنه قد يتوهم أن تفريعهما على رواية أبي يوسف رحمه الله التي يجعلها تقتضي لو شهدا بألف وقال أحدهما قضاه إياها إنما لا يقضى بشيء على رواية أبي يوسف فذكرها للإعلام بالفرق وقيل لأنه قد كان لقائل أن يقول في مسألة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال لتقدمه بأن في المسألة الأولى للشاهد أن يقول أنا تحملت الشهادة ولا احتاج إلى الخروج منها وقد قضاه خمسمائة ولكني أشهد كما أشهدت عليه وهو الألف فإذا ظهرت شهادته مع الآخر بها قضى له بالألف أما في مسألة الجامع كان الشاهد يذكر أن الشهادة سقطت عنه

قال وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لأن إحداهما كاذبة بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل لأن الأولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية

قال وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وإن قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الألوان لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم وصار كالذكورة والأنوثة وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه

وليس على أحد أنهما فشهادتهما باطلة ولا يقضى بالألف فرواية الجامع الصغير إزالة لهذه الشبهة وتثبت جواز الشهادة واستشكل في النهاية فقال التنافي بين مسئلة الجامع والمسئلة التي قبلها أن في مسئلة الجامع أحد الشاهدين شهد بالقضاء بعد كون كل الدين وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين **قوله** وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة لم يقض بواحدة منهما فلو لم يجتمعوا بل شهدا أنه قتله بمكة فقضى به ثم شهد آخران أنه بالكوفة فإنه لا يقبل المشهود عليه أما الأول فلكذب أحدهما بيقين ولا أولوية وأما الثاني فللأولوية باتصال القضاء بها فإنه حين قضى بها أولى الأسارض لها وذلك لنفوذه شرعا فلا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان في أحدهما نجاسة فتحرى وصلى في أحدهما ثم وقع ظنه على الآخر لا يصلي فيه ولا يبطل صلوته في **بخلاف ما**
الأول لأنه ثبت بتحريه الأول حكم شرعي هو الصحة بعد وجوب فيه فلا يؤثر الثاني في رفعه وكذا الاختلاف في الآلة قال أحدهما قتله بسيف وقال الآخر بيده لا تقبل وكذا إن شهد أحدهما بالفعل والآخر بإقراره لا تقبل لاختلاف المشهود به لأن القول غير الفعل الذي هو نفس القتل ولم يتم على أحدهما نصاب وكذا القرض الواقع أمس تلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالأخرى حقيقة ولا حكما لأنه لا يمكن جعل الفعل الثاني إخبارا عن الأول ليتحد الفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشج والجناية مطلقا والغصب أو من باب القول المشروط في صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه إحضار الشهود فاختلافهما في الزمان أو المكان أو الإنشاء والإقرار يمنع القبول لما ذكرنا والمراد من الإنشاء والإقرار إنشاء الفعل والإقرار به مثاله ادعى الغصب فشهد أحدهما به والآخر **الانشاء او**
بالإقرار به لا تقبل ولو شهدا جميعا بالإقرار به قبلت بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والإقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول فإن القول مما يتكرر بصيغة واحدة إنشاء وإخبارا وهو في القرض يحمله على قول المقرض أقرضتك وكذا يقبل في الرهن والهبة والصدقة والشراء وإن كانا يشهدان بمعاينة القبض لأن القبض يكون غير مرة وفي المحيط ادعى عينا في يد رجل أنها ملكه وأن صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر فشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل لأن شهادتهم على القبض بلا تاريخ محمول على الحال والمدعي يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غيره في الحال كما لو ادعى القتل منذ شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القبض مطلقا وشهدوا به منذ شهر لأنه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل إلا إذا وفق وقال أردت من المطلق القبض من ذلك الوقت وقيل تقبل في زمان غير توقيت لأن المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ فقد شهدوا بأقل مما ادعى فتقبل انتهى فقد ظهر أن من الفعل القبض ومن التفريع على الأصل المذكور ادعى الشراء أول من أمس فشهدوا به أمس تقبل لأنه قول ولو ادعى النكاح أول من أمس فشهدا به أمس لا تقبل لأنه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب فكان فعلا وقال الشافعي وأحمد في ظاهر الرواية اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل إلا إذا شهد أنه طلقها يوم الجمعة وقال الآخر أقر بطلاقها يوم الخميس وإذا شهد على إقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على إقرار البائع به واختلفا في الزمان والمكان قبلت وكذا لو شهد أحدهما بالبيع والشراء والآخر على الإقرار به تقبل لأن لفظهما سواء في الإقرار والإنشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت والمكان فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك يقبل لأنهما لم يكلفا حفظ ذلك **قوله** وإذا شهدا إلخ صورتها ادعى على رجل أنه سرق له بقرة ولم يذكر لونها وأقام بينة فشهد أحدهما بسرقة حمراء والآخر سوداء قال أبو حنيفة تقبل ويقطع وقالا وهو قول الأئمة الثلاثة لا يقطع ولو أن المسروق منه عين لونها كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعا لأنه كذب أحد شاهديه ولا فرق فيما إذا لم يعين المدعي لونها بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة ومتباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والأصح الأول ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المبسوط والذخيرة وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما هروي والآخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل إجماعا لما ذكرنا من الفرق

قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذلك اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه

بين السرقة والغصب قليل تأمل لما انهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب الشهادة فصار كما لو اختلفا في ذكورتها وانوثتها او في قيمتها لا تقبل كذا هذا وايضا بطريق الدلالة في الغصب فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال احدهما سوداء او حمراء وقال الآخر بيضاء لم تقبل مع انه لا يتضمن قبولها اثبات حد فلان لا تقبل فيما يوجب حدا اولى لان الحد اعسر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء واما ما يزيد من انه لا يثبت باقل من اربعة فليس مما فيه الكلام فانه في السرقة بل يخص الزنا ولابي حنيفة ان مجرد شهادتهما بسرقة بقرة وهو المدعي به بلا ذكر اللون لزمنا حتى يثبت الحد ولم يقع فيه خلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به وهذا لانهما لم يكلفا نقل لونها فانهما لو قالا لا نعلم لونها لا تبطل شهادتهما ويجب الحد اتفاقا فما في الزنا اذا لم يذكرا الزانية لانها ليس مدعى به لا يبالي الحد كما لو اختلفا في ثياب السارق فقال احدهما سرقها وعليه ثوب احمر وقال الآخر ثوب ابيض فانه يقطع وكما لو اختلفا في مكان الزنا من البيت فقال احدهما في هذه الزاوية وقال الآخر في تلك فانه يحد وعلى هذا فلا حاجة في قبولها الى التوفيق كما فعله الامام السرخسي حيث اعتبرنا التوفيق بما ذكر من ان السرقة تكون غالبا بالليل ونظر الشاهد اليه من بعيد فذلك سبب اشتباه اللون اذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وان كانا متباعدين في البقرة فيحمل كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على احد الامرين فعلى الاول او الثاني او اتحاد اختلافهما في المتقاربين وعلى الثاني فقط في المتباعدين بخلاف الغصب فانه يقع نهارا فلا اشتباه وبخلاف الذكورة والانوثة لانهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيظهر ان المسروق بلغ نصابا اولا ولان ذكر الذكورة دليل على انه من قرب فتحقق بحيث لا يشتبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق فالاختلاف وان كان في زيادة مستغنى عنها على نفسه فظهر ان هذا التوفيق ليس احتياطا لاثبات الحد كما لم يكن التوفيق في اختلافهما في مكان الزنا من البيت بانهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان الى مكان احتياطا للاثبات وان وجه قولهما ادق واحق من قوله كما ظنه صاحب الاسرار وما قيل ان التوفيق لاثبات الحقوق واجب قد قيل ثم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة حيلة ان لم يصح منع وجوبه مطلقا بل اذ لم يثبت لم يجب به حد قوله ومن شهد لرجل الخ صورتها على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل انه باعه هذا العبد بالف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بالف وشاهدا بالف وخمسمائة قال يعني ابا حنيفة رحمه الله باطل الخ ما بينا لك فقد ظهر ان هذا ناقض ما تقدم من ان الشاهدين اذا اختلفا فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالف وخمسمائة تقبل بالاتفاق بين الثلاثة وههنا لا تقبل في شيء ولو كان المدعي يدعي الالف وخمسمائة فلابد من بيانه وهو ان ذلك فيما اذا ادعيا دينا فقط والمقصود هنا دعوى العقد الا ترى الى قوله في الجامع فينكر البائع البيع ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج الى ذكر السبب واذا كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن مثل ما ذكر المبيع لا يتحقق البيع الا به ومقدار خاص غير مثله بمقدار اكثر منه ولم يتم على احدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع اصلا ولان المدعي يكذب احد شاهديه وهو الشاهد بالالف وكذا اذا كان المدعي هو البائع بان ادعى انه باعه بالف وخمسمائة وانكر المشتري الشراء فاقام الشاهدين كذلك لا فرق ان يدعي المدعي منهما اكثر المالين او اقلهما لما بينا من اختلافهما في المشهود به وتكذيب من المدعي وفي الفوائد الظهيرية عن سيد الامام الشهيد تقبل لان الشراء الواحد يكون بالالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يزاد في الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد بخلاف ما لو قال احدهما اشترى بالف والآخر بمائة دينار لانه لا يتصور الشراء يكون بالف ثم يكون بمائة دينار وقال بعض المتقين الشارحين فيه نوع تأمل كانه والله اعلم جاز ان تم الشراء بيع بالثمن اذ لم يثبت حد التفنيذ بشهادتهما ثم لا يفيد لانه ليس المخصوصة كما لو كانت في الالف وخمسمائة المدعي بها وان كان السبب وسيلة الى اثباتها ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكر المصنف هذه والثانية الكتابة وذكرها في الجامع قال وكذلك الكتابة اذا ادعاها العبد وانكر المولى يعني الكتابة على هذا ان ما ذكر في البيع هذا الحكم وكذا اذا كان المدعي هو المولى لان دعوى السيد المال على عبده لا يصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد اليها للعلم بانه لا يتصور له عليه دين الا بها فالشهادة ليست الا لاثباتها والثالثة والرابعة والخامسة الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هي المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يفيدهم الخلاص منه هو

وإن كانت الدعوى من جانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل لأنه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وإن كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين

وإن كان المدعي من جانب الآخر وهو الزوج والمولى وولي القتيل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه جميعها إذا ادعى الأكثر فشهد به شاهد والآخر بالأقل أو كان الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة قضي بالأقل اتفاقا وإن كان بدونه كالألف والألفين فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة لا يقضى بشيء وهذا لأنه تثبت العفو بالعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم يبق الدعوى إلا في الدين السادسة الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا تقبل الشهادة بشيء أصلا لأن قبولها بناء على صحة الدعوى ولم يصح لأنه أي الراهن لا حظ له في الرهن أي لا يقدر على استرداده ما دام الدين قائما فلا فائدة له في هذه الدعوى فلم تصح وإن كان المدعي هو المرتهن فهو دعوى الدين وعلمت حكمه فإن قيل الرهن لا يثبت إلا بإيجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء أجيب بأن الرهن غير لازم في حق المرتهن فإن له أن يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن إذ الرهن لا يكون إلا بالدين فيقبل بينته في ثبوت الدين ويثبت الرهن بالألف ضمنا وتبعا للدين أنفق ولا شك أن دعوى المرتهن إن كان مثلا هكذا طالبه بألف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي فليس المقصود إلا المال وذكر الرهن زيادة إذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع وإن كان هكذا طالبه بإعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلا فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في أنه رهنه بألف أو ألف وخمسمائة وإن كان زيادة توجب أن لا يقضى بشيء لأن عقد الرهن يختلف بها السابعة الإجارة إن كان في أول المدة فهو كالبيع فإن ادعى المستأجر والآجر أنه آجره هذه الدار سنة بألف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بألف لا يثبت الإجارة كالبيع إذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود إثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا يثبت الإجارة وإن كانت بعد مضيها أي مضي المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم وإن كان المدعي هو الآجر فهي دعوى الأجرة فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة وهو يدعي الأكثر يقضى بألف إذ ليس المقصود بعد المدة إلا الأجرة وإن شهد الآخر بألفين والمدعي يدعيها لا يقضى بشيء عنده وعندهما بالألف وإن كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى العقد بالإجماع لأنه معترف بالإجارة ويقضى عليه بما اعترف به ولا يعتبر اتفاق الشاهدين مع اختلافهما فيه ولا يثبت العقد لاختلاف الثامنة النكاح وقد علمت أن النكاح أجري مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد أحدهما أنها زوجت نفسها منه تقبل مع أنها تقبل لو ادعى أنها زوجت نفسها منه فشهدا أن وكيلها فلان بن فلان زوجها إلا أن لفظ زوجت نفسها يصدق به في العرف وقد أطلق محمد في الجامع عن أبي حنيفة فقال فأما النكاح فإن أبا حنيفة كان يقول إذا جاءت بشاهد يشهد على ألف وخمسمائة وشاهد يشهد على ألف جازت الشهادة بألف وهي تدعي ألفا وخمسمائة فأما يعقوب ومحمد فقالا النكاح باطل أيضا فمشى المصنف على إطلاقه فلم يفصل بين كون المدعي فيه الزوج أو الزوجة وجعله الأصح نفيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا تصح بالاتفاق لأنه دعوى العقد إذ الزوج لا يدعي عليها مالا أو كون الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجه الأصح ما ذكرنا يعني ما ذكره من التعليل لأبي حنيفة رح من أن المال تابع في النكاح وإنما المقصود منه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في هذا بل في التبع ويوقع في التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه ويلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بألف فإن هذا الوجه يقتضي الصحة بالأقل بلا تفصيل مع أيضا أجري إطلاقه في دعوى الأقل والأكثر فيقع الصحة سواء ادعى المدعي الأقل أو الأكثر وهذا مخالف الرواية قال محمد رح في الجامع قيده بدعوى الأكثر حيث قال جازت الشهادة بألف وهي تدعي ألفا وخمسمائة والمفهوم معتبر رواية وبقوله ذلك أيضا ينتفي ولزوم التفصيل بالمدعى به بين كونه الأكثر فيصح عنده أو الأقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهدا الأكثر كما عول عليه محققو المشايخ فإن قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد جواب قول أبي حنيفة بالجواز بما إذا كانت هي المدعية للأكثر ووجهه أن الواو فيه للحال والأحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين ألف **فروع** هي قسمان قسم من الاختلاف

قال فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح أيضا وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله لهما أن
هذا اختلاف في العقد لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع ولأبي حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع والأصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الأصل

بين الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الأول ادعى ملكا على رجل بالشراء فشهدوا بالملك المطلق لا تقبل وقيده في
الأقضية بما إذا نسبه إلى معروف كأن قال اشتريته من فلان بن فلان وذكر شرائط التعريف أما لو جهله فقال اشتريته فقط أو قال من رجل أو من زيد وهو
غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت وذكر في فتاوى رشيد الدين في القبول خلافا ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا به بسبب يقبل كذا أطلقه في الجامع الكبير وزاد
في الأجناس في القبول أن القاضي يسأل المدعي الملك لك بهذا السبب الذي شهدوا به إن قال نعم قضى له وإلا فلا وفي العمادي والبينات إذا تحمل
الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا في شيء من الكتب واختلف فيه المشايخ والأصح أنه لا يسعه ذلك ولو كان ادعى الشراء
من معروف ونسبه لأبيه وجده مع القبض فقال وقبضته منه فشهدوا بالملك المطلق ففي الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف وحكى العمادي فيه اختلافا قيل تقبل
لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط تسمية هذه الدعوى تعيين السبب وقيل لا تقبل لأن دعوى الشراء معتبرة في نفسها والمطلق
الأمر أنه يقضى له بالزوائد في ذلك وفي فوائد شمس الإسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا في شرح الحيل للحلواني لكن في المحيط ادعى الدين بسبب
القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان شمس الأئمة محمود الأوزجندي يقول لا تقبل كما في دعوى العين بسبب فشهدوا بالمطلق قال وفي
الأقضية مسألتان يدلان على القبول انتهى وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لأنهم إذا
شهدوا على الملك بسبب حل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل
لأنهم شهدوا ببعض ما شهدوا به أولا فتقبل أما النكاح فلو ادعت امرأة أنها امرأته بسبب أنه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى
بمهر المثل إن كان قدر المسمى أو أقل فإن زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة ولو لم يذكر المال والباقي بحاله قضى بالنكاح فقط ولو ادعى ملكا
فشهد أحدهما به والآخر مع السبب يقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة أو نحوها
فهو ملك حادث وإن ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما إذا شهدا جميعا بالمطلق وفيها لو ادعى النتاج فشهدوا على المطلق تقبل
ولو ادعى المطلق فشهدوا على النتاج تقبل لأن دعوى الملك المطلق دعوى أولية على سبيل الاحتمال والشهادة على النتاج شهادة على الأولية على
اليقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل قال وهذه المسألة دليل على أنه لو ادعى على النتاج أولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل ولو ادعى المطلق أولا ثم النتاج
لا تقبل وفي المحيط لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا يقبل بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهدوا عليه بسبب حيث تقبل انتهى ولا يشكل أنه لو ادعى
النتاج فشهدوا بالسبب أنه لا تقبل وفي الفصول القاضي إنما يسأل الشهود وقبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه
تقبل لأنه سألهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعدوم قال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا ووزرخا فقال قبضته مني من شهر
فشهدوا بالتاريخ لا تقبل وفي عكسه تقبل على المختار ودعوى الملك بسبب الإرث كدعوى الملك المطلق وينبغي أن يستثنى ما إذا أرخ ففي الخلاصة ادعى دارا في يد رجل أنها ملك
أبيه مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا أنه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا يقبل إلا إذا وفق وقال اشتريتها منه منذ سنتين وبعتها من أبي منذ سنة
ثم ورثتها منه وأقام البينة على هذا التوفيق وإذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر لا يقبل في دعوى الملك المؤرخ وتقبل في دعوى غير المؤرخ
ولو ادعى الشراء بالسبب وغيره فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى العكس لا ولو كان للمشتري شهران وأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا لأنه لو أرخ المطلق بأن
قال هذا العين لي منذ سنة فشهدوا أنه له منذ سنتين لا تقبل ولو قال منذ سنتين فشهدوا أنه له منذ سنة تقبل ولو ادعى أنه قبض في عشرة دنانير بغير حق

فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في البيع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع على انه لا تقبل لان مقصوده قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فشهدوا على الحسب تقبل ويحال على انه قبض في الحال وعليه شهدوا وقد منا من مسائل التبعض شيئا دار في يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى او قبلها وغاب احدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار مشاعا وفي يده نصفها مقسومة فشهدوا ان النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها اكثر من المدعى به ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها وشهدوا انها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال صدقوا لكني بعت ذلك البيت منها تقبل وفي المحيط نقلا من الاقضية وادب القاضي للخصاف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا ان هذا العين كان له قد ما لا تقبل لانها اثبت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما لم يعلم المزيل قال العمادي فعلى هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا او قال يا ايها ابن مقصد ا ... اين مذهب عليها بعد ومن بعدي رأيت ان تقبل كما في دعوى العين انتهى ونظيرها في دعوى العين ما ذكر رشيد الدين اذا قالوا نشهد انه ملكه تقبل كما لو قالوا نشهد انه ملكه في الحال قال ويجوز للقاضي ان يقول امروز ملك وي ميدانيد انتهى ومعنى هذا الاصل للقاضي ان يقول هل تعلمون انه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي ان يقول هل تعلمون انه خرج عن ملكه فقط ذكره في المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا في عين فشهدوا انه ورثه من ابيه ولم يتعرضوا للملك في الحال او شهدوا انه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا للملك في الحال يقبل ويقضي بالعين للمدعي لكن ينبغي ان يسألهم القاضي ان اخرجاه كذا وكذا لو ادعى ان هذه زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي او شهدوا باليد له في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضي للمدعي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد قسيم الشهادة بالملك على ما اسلفنا وعن ابي يوسف يقضي بها وخرج العمادي على هذا ما نقل عن الواقعات لو اقر مدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ان شاهدي الاقرار يشهدان انه كان له عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل وهذا الخط فان مقتضاه ان لا فرق بين الشهادة بانه كان له عليه وان له عليه في الحال ان صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان انه كان له عليه فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن لمنعه من احدهما دون الآخر معنى والذي تقتضيه الفقه انهما اذا ثبت عندهما بشهادة العدلين انه قضاه ذلك الدين الذي اقر به عندهما بطريق افادته لهما ذلك ان لا يشهدا كما عرف فيما اذا علما شاهدا الالف انه قضاه منها خمسمائة لا يشهدا حتى يقر بقبضها والله اعلم ويمكن ما نحن فيه لو ادعى في الماضي بان قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا انها له اختلف في قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بان شهدوا انها كانت له لا تقبل لان اسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على ان ملكه كان في الماضي الا ذلك بخلاف الشاهد اذا شهد بذلك لا يدل على نفيهما اياه في الحال بجواز قصدهما الى الاحتراس عن الاخبار بما لا علم لهما به لانهما اذا لم يعلما سوى ثبوته في الماضي ولم يعلما انتقاله فقد يكون انتقل في نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان ثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدوا على النقرة والوزن ولم يذكر جيدة او ردية او وسط تقبل ويقضي بالردي بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة او منخول لا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها لو ادعى على رجل الفا من ثمن بيت فشهدوا على الف من ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسألة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انما اشهدتهما بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اي اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان مثله في الاقرار تقبل لما ذكروا في المسألة المذكورة قبلها وهي الكفالة اذا شهدوا انه كفل بالف عن فلان فقال

فصل في الشهادة على الارث قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب

الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضر الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه اجره داره وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الاجارة تقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين انه اقرضه فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضي خان قالوا تقبل عند ابي يوسف رحمه الله ولو ادعى قرضا فشهدوا ان المدعي دفع اليه كذا ولم يقولا او قبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء وان لم يثبت القبض لذلك يكون القول للذي اليد انه قبضه بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض اذا ادعى ولو ادعى انه قضاه بيعه فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء داره من رجل فشهد انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا ان فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع ادعى انك قبضت من مالي جمالا بغير حق مثلا وذكر سنها وقيمتها فشهدا انه قبض من فلان غير المدعي تقبل فيجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به مناقضا لما ادعاه بخلاف ما يشير اليه بالدعوى القسم الثاني في اختلاف الشاهدين ادعى بالمبيع عيبا فشهد احدهما انه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا يقبل كما لو ادعى عينا انه له فشهد احدهما انه ملكه والآخر على اقرار ذي اليد انه ملكه لا يقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا يقبل قال ظهير الدين المرغيناني في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهد باقرار المودع قبلت ولو شهد احدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى انه باع بيع الوفاء فشهد انه باع بشرط الوفاء والآخر ان المشتري اقر بذلك تقبل لان لفظ البيع في الاخبار والانشاء واحد ومثله ادعت مهرا انها فقال وهبتني اياه فشهد احدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل الموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول اوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه ان المدعى به في يده والآخر انه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى دارا فشهدا انها داره والآخر على اقرار ذي اليد انها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد احدهما على الدين والآخر على الاقرار انه تقبل واذا رجعت الى القاعدة التي اسلفناها من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثيرا من الفروع والله سبحانه اعلم

فصل في الشهادة على الارث وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد وتسمى عن ميت على الشهادة بملك متجدد وتحكى عن حي ظاهر

قوله ومن اقام بينة الخ اختلف علماؤنا في انه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجر والنقل وهو ان يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعي فعند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد نعم وجه قول ابي يوسف ما ذكره المصنف بقوله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث لانه يصير ملكه خلافة ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا ان كان المورث مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به فلا حاجة الى امر زائد ويشترط للقضاء به وقد ظهر بهذا محل الخلاف هو شهادة وتمم انه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدا انها لابيه لا تقبل ذكره محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند ابي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان تصدق به على مورثه الفقير من زكوة او كفارة

لأن يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فأغنى ذلك عن الجر والنقل وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وإن قالوا لرجل حي نشهد أنها كانت في يد المدعي منذ شهر لم تقبل وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء بإعادة المجهول بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف وبخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولأن يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة

فلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير أنه لا يشترط ذكر ذلك نصا بل إما نصا كما ذكرنا من قوله مات وتركها ميراثا له أو شهدا بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت ولا يخفى أن أبا يوسف تحقق أن ملك الوارث متجدد ولكن تجدده لازم شرعي لما شهدوا به فلا حاجة إلى ذكره في شهادتهما إذا عرف هذا فالمسئلة التي ذكرها المصنف اتفاقية وهو قوله ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له أما على قول أبي يوسف فظاهر وأما على قولهما فلأن الشهادة على الملك وقت الموت أو اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك وقد وجد الثاني في مسئلة الكتاب لأنه أثبت اليد عند الموت حيث شهد أنها معارة منه أو مودعة عند الموت لأن يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير وأخويه وقد طولب بالفرق بين هذا وبما إذا شهد المدعي ملك عين في يد رجل بأنها كانت ملك المدعي أو أنه كان ملكها حيث يقضي بها وإن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن ولذا لو شهدا لمدعي عين في يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فإنه يحتاج إلى بينة على ملكه فإذا شهدا بملكه قضى للمشتري بها وإن لم يشهدوا على أنها ملكه يوم البيع وهذه أشبه بمسئلتنا فإن كلا من الشراء والإرث يوجب تجدد الملك والجواب أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات ما لم يكن وهو المحتاج إليه في الوارث بخلاف مدعي العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده وبخلاف مسئلة الشراء فإن الملك مضاف إليه لا إلى ملك البائع وإن كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقائه لأن الشراء آخر ما وجد وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا إلى الشراء وهو ثابت بالبينة أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف إلى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا إلى الموت لأنه ليس سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت إن كان له مال فارغ والله سبحانه أعلم هذا إذا شهدا أنها كانت معارة أو مودعة فلو شهدا أنها كانت في يد أبيه مات وهي في يده والأب هو المراد بلفظ فلان في قول المصنف إنها كانت في يد فلان يعني أبا الوارث المدعي جازت الشهادة فيقضي بالدار للوارث لإثباتهما اليد للميت إلى حين الموت وبذلك يثبت الملك له ولأن اليد وإن تنوعت إلى يد غصب وأمانة وملك فإنها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع إذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملكا له ويصير مضمونا عليه شرعا لأنه لا يجتمع اليدان في ملك مالك والوديعة والمغصوب منه هذا إذا شهدا كذلك للميت فلو شهدا لحي ادعى عينا في يد شخص كذلك أي شهدا أنها كانت في يد هذا المدعي منذ شهر أو أقل أو أكثر ولم يذكرا وقتا قال أبو يوسف هي كالتي للميت فيقضي للمدعي بالعين المذكورة وقالا لا يقضي بها للمدعي بهذه الشهادة لأبي يوسف أن اليد المقصودة كالملك ولو شهدا في هذه الصورة أنها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمنا في الفرع استصحابا بالملك إلى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا باليد إلى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه يقضي بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول أبي يوسف وهو وجه قولهما أن الشهود صرحوا بكونها منقضية فشهادة بمجهول لأن اليد متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع جهالته فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلافه فيما في الميت لأنه لزم أحد جانبيه بالموت وهو يد الملك فأمكن اقتضاؤها بخلاف الأخذ فإن له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو أخذ إلى أن يتبين ثبوت أنه أخذ حقه قال مع هذا على اليد ما أخذت حتى ترده فيقضي به أيضا اليد معاين للمدعى عليه ويد المدعي مشهود بها مخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح المدعى عليه فلا يقضي به للمدعي وقد يستشكل بالخارج مع ذي اليد وكذا إقامة البينة على الملك المطلق مع ذي اليد حيث يترجح بينة الخارج

وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هاهنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة

الملك اجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخارج ومدعي الملك المطلق بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله ان المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضي وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول ويبطل استدلال الثاني فتامل ليسير قوله وان اقر الى آخره يعني لو قال المدعى عليه الدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي وان كانت اليد متنوعة لان حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزم البيان فانه لو قال لفلان علي شيء صح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان ان المدعى عليه اقر بانها كانت في يد المدعي تقبل لان المشهود به الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهو لا يمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت ويؤمر بالبيان تتمة شرط الشهادة بالارث ان يشهدا انه كان لمورثه فلو قالوا لمورثه لم تقدم ان محمدا قال لا يصح ولم يحك خلافا لان المورث ان كان حيا فالمدعي ليس خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت حال وتقدم قول بعضهم انما يصح على قول ابي يوسف وهو غير بعيد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد بهذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد ان يدرك الشهود الميت لان الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع وان بينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا اخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لابيه او لامه او لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات ابوه وتركها ميراثا له ولم يشترط ابو يوسف على ما عرف في الخلافية غير انه يسال البينة عن عدم الورثة للقضاء واذا شهدوا انه كان لابيه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه او يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر هل له وارث آخر او لا ثم يقضي بكله وان كان نصيبه يختلف في الاحوال يقضي بالاقل فيقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن الا ان يقولوا لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يقضى بالاكثر والظاهر الاول وليس الاصل ان لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلا عندهما لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عنده اي عند ابي حنيفة خلافا لهما **فرع** اذا شهدا انه ان هذا وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكر سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الارث وكذا اذا شهدا انه اخوه او عمه او ابن عمه او جده او جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الاخوة والعمومة انه لاب او شقيق وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا الى اب واحد ولا يذكر العينا انه وارثه وهل يشترط قوله ووارثه في الابن والام والولد قيل يشترط والفتوى على انه لا يشترط قوله ووارثه وكل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه وفي الشهادة بانه ابن ابن الميت او بنت ابنه لا بد من ذلك وفي الشهادة انه مولاه لا بد من بيان انه اعتقه ولا يشترط ذكر اسم ابي الميت حتى لو شهدا انه جد الميت ابو ابيه ووارثه ولم يسموا ابا الميت قبلت وفي الاقضية شهدا انه جد الميت وقضي له ثم جاء آخر وادعى انه ابو الميت وبرهن فالثاني احق بالميراث شهدا انه اخو الميت ووارثه وقضي به ثم شهد شاهدان لآخر انه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل يضمنان للابن ما اخذه الاول من الارث ولو شهد آخران ان الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا ان قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعي عن نسبه فان لم يبين امضى القضاء للاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين انه وارثه فان كان اقرب من الاول قضى للثاني وان كان البعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثلا الاول ابنا والثاني ابا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لامكان العمل بهما والتدوين والمبين

باب الشهادة على الشهادة لما فرغ من بيان احكام شهادة الاصول شرع في بيان احكام شهادة الفروع **قوله الشهادة على الشهادة** جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص واما التعزير ففي الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه ابو الليث على ان كتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضي خان الشهادة على الشهادة

وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة

جائزة في الاقارير والحقوق واقضية القضاة وكتبهم وكل شيء الا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال احمد والشافعي في قول واصح قوليه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص ايضا لان الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول الا بشهادتهم وصار كالمترجم قوله وهذا استحسان لكن جواز الشهادة على الشهادة والقياس ان لا يجوز لانها عبادة بدنية وجبت على الاصل وليس للمشهود له حق حتى لا يجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة في العبادة البدنية لا تجوز ولان كون قول الانسان ينفذ على مثله ويلزمه ما نسبه اليه هو بغيه وبرأسه انما عرف حجة شرعا حين قد رفع احتمال الكذب وهو في شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة لذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وان اختلف محل الاداء فان محله في الاصلين في اثبات حق المدعي وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصلين ثم يرجع الى الحق المدعى به لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الاداء لموته او غيبته او مرضه فيضيع الحق اثبتها اهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يقال يستغنى عن ذلك بتجنيس الشهود بان يستشهد على كل حق عشرة مثلا فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعي لانا نقول المدعي جاز كونه وارثا وارث صاحب الحق على مثله وقد انقرض الكل فالحاجة متحققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما اوجب الشرع الاحتيال في درئه وهو الحدود والقصاص لم يجز فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلاف الشرع والمص علل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية فاورد على هذا الوكان بدلا لم تجز شهادة اصل مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل ولا شيء منه واجيب بان البدلية هنا بحسب المشهود به فان علمنا ثبوت المشهود للاصول فيه شبهة كما ذكرنا وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة اخرى لا تحسب شهادة الاصول لان شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه وبعد تحمله يرده الى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال تباعل ليسير فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكر المص لا جرم ان اصل السؤال غير وارد لانه انما يرد على حقيقة البدلية والمص انما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين ان قاضي بلدة كذا حد فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان اجيب بان لا نقض فان المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع اسبابها الموجبة لها فان اورد ان فعل القاضي موجب لرد ما ورد مما حده فهو موجب للحد اجيب بالمنع بل الموجب لرده انما كان من حده فهو انما يوجب الحد الذي يوجبه هو القذف نفسه على ان في المحيط ذكر محمد في الزيادات لا تقبل هذه الشهادة قوله ويجوز شهادة شاهدين او شهادة رجل وامرأتين على شهادة شاهدين يعني اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادة على شهادة هذا وشهادة منهما ايضا على شهادة الآخر اما لو شهد اثنان شهادة تمامها معنى شهد واحد على شهادة اصل والآخر على شهادة الاصل الآخر فلا يجوز الا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب اصحابنا لكن في كتب اصحابه انه لا يجوز وفي الجملة ان يقول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق تجوز الشهادة لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسول في ايصال شهادته الى مجلس القضاء كانه شهد بنفسه واعتبروه برواية الاخبار ولنا ما عن علي لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ذكره المص وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق انا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن حسين بن ضميرة عن ابيه عن جده عن علي قال لا تجوز على شهادة الميت الا رجلان واسند ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن اسمعيل الازرق عن الشعبي قال لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين ولان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلا بد ان يجتمع على كل مشهود شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الاصول لا تجوز على شهادتها الا رجلان او رجل وامرأتان وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز واختاره المزني

وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها

لان الفرع عليه ان يقوم مقام اصل واحد كالمرأتين فلا تقوم الحجة بهما كالمرأتين لما قاما مقام رجل واحد لا يقضى بشهادتهما ولان احدهما لو كان اصلا فشهد لشهادته ثم شهد مع فرع على شهادة الاصل الآخر لا يجوز اتفاقا فكذا اذا استشهدا جميعا على شهادة الاصليين وفي قول آخر للشافعي يجوز كقولنا وهو قول مالك واحمد لما روينا من قول علي رضي الله عنه فانه ينتظم بالملا محل النزاع ولان حاصل امرهما انما شهد بحق هو شهادة احد الاصليين ثم شهدا بحق آخر هو شهادة الاصل الآخر ولا مانع من ان يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف اداء الاصل لشهادة نفسه ثم لشهادته على الاصل الآخر مع آخر فانه انما لا يجوز لان فيه يجتمع البدل والمبدل بخلاف ما لو شهد لشهادته وشهد اثنان على شهادة الاصل الآخر حيث تجوز وقوله وهو حجة على مالك فيه نظر اذ كتبهم ناطقة بان شهادة الواحد على الاصل لا تجوز وانما نقل هذا عن احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله كما قدمنا وما ذكره المص رواية عنه وانما تقبل هذا ممن تقدم في الحلية لما تقدم من ان الفرع كرسوله وكرواية الاخبار ويدفعه ما ذكرنا من علي ان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن احمد لا بد من اربعة فروع ليشهد كل فرع على واحد من الاصليين قوله وصفة الاشهاد اي اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع ان يقول شاهد الاصل له اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه انما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع لانه كالنائب عنه فلا بد من الاستنابة وذلك بالتحميل بخلاف شاهد الاصل تجوز على الاقرار وان لم يحمله وكذا كل من شاهد امرا غير الشهادة له ان يشهد به وان لم يحمل كالاقرار والبيع والغصب على ما مر يعني في فصل ما تحمله الشاهد وانما قيل لانه نائب عنه لانه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة اصل واحد لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه نائب وقوله ولا بد ان يشهد اي شاهد الاصل عند الفرع قوله كما يشهد شاهد الاصل عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر شاهد الاصل في تحملها قوله عند الفرع قوله واشهدني يعني المقر على نفسه بذلك جاز لما ذكرنا آنفا من الفرق واذا وقع التحميل بما ذكر فيقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلان بن فلان ولم يذكر اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك فلا بد من ذكر الفرع حينئذ شاهد الاصل فيلزم فيه خمس شينات وذلك لانه لا بد للفرع في شهادته من ذكر شهادة الاصل والتحميل قال المص ولها اي ولشهادة الاداء من الفرع لفظ اطول من هذا واقصر اما الاطول فان يقول اشهد ان فلانا شهد عندي لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا الآن اشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات واما الاقصر فان يقول الفرع اشهد على شهادة فلان بان فلانا اقر عنده بكذا ففيه شينان وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه ابي جعفر وحكي فتوى شمس الائمة السرخسي به وهكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وحكي ان فقهاء زمن ابي جعفر خالفوا واشترطوا زيادة الطول فاخرج ابو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد احد على هذا كان اسهل وكلام المص يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر ان ثم اطول منه واقصر ثم قال وخير الامور اوساطها وذكر ابو نصر البغدادي شارح القدوري اقصر آخر بثلاث شينات قال ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاثة الفاظ وهو ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا ثم قال وما ذكره صاحب الكتاب يعني القدوري اولى واحوط ثم حكى خلافا بين ابي حنيفة ومحمد وبين ابي يوسف وان قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند ابي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز قال وجه قولهما انه اذا لم يقل احتمل ان يكون امره ان يشهد مثل شهادته وهو كذب ويحتمل امره على وجه التحميل فلا يثبت التحميل بالشك ولابي يوسف ان امر الشاهد محمول على الصحة ما امكن فيحمل لذلك على التحميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وان كان فيهم العارف المتدين لان الحكم للغالب خصوصا المتخذ منها مكسبة للدراهم وقولهم في اعطاء الصورة اشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلا بد

ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد الا ان الفقيه ابا الليث قال شهادة الفرع لا تقبل حتى يسمى الاصل ويعرفه للقاضي فلو قالا نشهد ان فلانا اشهدنا على شهادته والمسئلة بحالها وكذا لو شهدا على شهادة الاصول التفسيرية بتفسير محمد كما هو معروف

قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى اديرت عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث

ان يعرف شاهد الاصل قال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب ان يذكروا اسماء الاصول واسماء آبائهم واجدادهم حتى لو قالا نشهد ان رجلين نعرفهما اشهدانا على شهادتهما انهما يشهدان بكذا لا يقبل لانهما لم ينسبوا او لم يعرفا اسمائهما لم تقبل لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة قوله ومن قال اشهدني فلان الخ اي قال شاهد عند آخر اشهدني فلان على نفسه بكذا لم يسع للسامع ان يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك ووجه الفرق بانه لا بد من التحميل اما عند محمد فلانه يقول باشتراك الاصول والفروع في الضمان اذا رجعوا وهذا انما يكون بالتحميل ولا تحميل ههنا وعند ابي حنيفة وابي يوسف الضمان على الاصول والفروع وليس المراد بالتحميل ظاهر الانفراد من انه يضمن الكل معا فان اختار تضمين الفروع لا يرجعون على الاصول كما في باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع على الغاصب الاول وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع ايضا بخلاف الغاصب فان الغاصب الاول يرجع على الغاصب الثاني لان الغاصب بتحمير المغصوب بمنزلة التضمين ايضا فان ضمن الغاصب يرجع على ما عنده او لا بد عندهما فلانه لا بد من التحميل لانه لا بد من النقل يعني الى مجلس القاضي ليصير حجة فيظهر بالنقل تحميل ما هو حجة يعني شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضي ان وجوب التحميل لوجوب النقل والنقل لا يتحقق الا بالتحميل حتى لو سمع شاهد يقول لرجل اشهد على شهادتي الخ ليس له ان يشهد على شهادته لانه انما حمله غيره فان اشهد غيره فاذا اشهد الغير القاضي انه وجد الشهادة وتحمل فثبت عند الحجة بخلاف ما لو سمع قاضيا يقول لآخر قضيت عليك بكذا او على فلان فانه يجب ان يشهد على قضائه بلا تحميل لان قضاءه حجة كالسمع والاقرار بخلاف الشهادة وليس نفسها حجة حتى تصل الى القاضي ولقائل ان يقول كون النقل الى القاضي والحجة يتوقف على التحميل شرعا مما يحتاج الى دليل ان لم يكن فيها اجماع الامة وهو منتف على الاصح عند الشافعية والا فالاتفاق على ان من سمع اقرار رجل له ان يشهد عليه بما سمع منه وان لم يشهده بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فالفرق بين الاقرار والشهادة والشاهد بشهادته على فلان يحتاج الى كل دليل من الشرع وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجه امر آخر وهو ان الاصل له منفعة في نقل شهادته فان الشهادة حق عليه يلزمه اداؤه اذا طلب منه من هي له وتقتضي هذا انه لا يحتاج الى التوكيل والتحميل لان من عليه دين اذا تبرع انسان بقضائه عنه جاز وان لم يكن بامره ولكن فيها مضرة آداؤه ولا تتبين تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على امره ورضاه فيشترط كمن له ولاية النكاح صغيرة لو نكحها انسان لا بامره لا يجوز لذلك قوله

ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام ولياليها فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومقدرت بمسافة اعتبرها الشارع بعيدة حتى انيطت رخصا عندها من الفطر والقصر وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الاضحية والجمعة وعن ابي يوسف انه لو كان في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح شهادة الفروع احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن يعني من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع والثاني ارفق احياء لحقوق الناس وفي الذخيرة كثير من المشايخ اخذوا بهذه الرواية وبه اخذ الفقيه ابو الليث وذكر محمد في السير الكبير ومن مشايخنا من جوز الشهادة كيفما كان حتى روي انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية اخرى تقبل وقال الامام السرخسي وغيره ويجب ان يجوز على قولهما خلافا لابي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة عندهما بلا رضى الخصم وعنده لا الا برضاه والا لعذر صرح به عنهما فقال وقال ابو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا في المصر فروع خرس الاصول او عميا او ارتدا والعياذ بالله او فسقا لم تجز شهادة الفروع وتجوز شهادة الابن على شهادة الاب دون قضائه في رواية والصحيح الجواز فيهما ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره لا تقبل الشهادة على الشهادة في النسب وكتاب القاضي الى القاضي وفي الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد احدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل فان شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغائب غير مقبولة لانها لو قبلت ثبت بشهادة الاصل الحاضر ثلثة ارباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الاصل الغائب ولا يجوز ان يثبت بشهادة الواحد ثلثة ارباع الحق كذا ذكره الامام السرخسي فلم يرد في شرح الكافي على التعليل بان شهادته لشهادة نفسه اصل وشهادته على غيره بدل والاجتماع بين البدل والمبدل لا يجوز بخلاف ما لو شهد لهما على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر صحيح ولو شهد على شهادة رجلين لشيء ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ وقال بعضهم لا يصح والاصح الاول ولا تقبل الشهادة على الشهادة وان كثروا اسمعنا قول حاكم حكمت كذا لانه متى لم يغضب حاكم غيره لهما ان يشهدا ان القاضي قضى عليه وان كان سمعاه من القاضي في المصر

قال فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز لأنهم من أهل التزكية وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا غاية الأمر أن فيه منفعة له
من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وأن قوله مقبول في حق نفسه وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وإن
سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإن لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل
ولأبي يوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا قال وإن أنكر شهود الأصل الشهادة
لم تقبل شهادة شهود الفرع لأن التحمل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقالا
أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري أهي هذه أم لا فإنه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت
والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري

وسواء في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الأقيس وعن أبي يوسف لا يجوز أن يسمعاه في غير مجلس القاضي وهذا أحوط (قوله فإن عدل شهود الأصل الخ) شهود الأصل مفعول و
شهود الفرع فاعل الحاصل أنه إذا شهد الفرعان فإن علم القاضي عدالة كل من الفروع والأصول قضى بموجب الشهادة وإن لم يعلم عدالة الأصول وعلم عدالة الفروع سأل
الفروع عن عدالة الأصول فإن عدلوهم جاز لأنهم من أهل التزكية فتقبل وكذا لو شهد اثنان فعدل أحدهما وهو معلوم العدالة للقاضي الآخر جاز
خلافا للقول لبعض المشايخ أنه لا يجوز لأنه متهم في ذلك حيث كان تعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما أشار إليه المصنف بقوله غاية الأمر أن فيه
منفعة الخ لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه يعني أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته
ذلك مانعا كذا ما نحن فيه وإن سكتوا أي الفروع عن تعديل الأصول حين سألهم القاضي جازت شهادة الفروع ونظر القاضي في حال الأصول فإن عدلهم
غيرهم قضى وإلا لا دون تعديلهم وهذا عند أبي يوسف وقال محمد إذا سكتوا أو قالوا لا نعرف عدالتهم لا تقبل شهادة الفروع لأن قبولها باعتبار أنها نقل شهادة ولم يثبت
شهادة الأصول فلا تقبل شهادة الفروع ولأبي يوسف أن المأخوذ أي الواجب على الفروع ليس إلا نقل ما حملهم الأصول دون تعديلهم فإنه قد يخفى حالهم عنهم فإذا نقلوا ما حملوهم
على القاضي أن يتعرف حالهم غير أن الفروع إن كانوا حاضرين وهم من أهل التزكية إذا كانوا عدولا فالسؤال منهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم فإن كان عندهم علم فقد قصرت المسافة وإلا احتاج إلى التعرف
من غيرهم كذا ذكر الخلاف الإمام في تهذيب أدب القاضي للخصاف وتبعه صاحب الهداية وذكر شمس الأئمة فيما إذا قال الفروع حين سألهم عن عدالة الأصول لا نخبرك بشيء لم تقبل شهادتهما
أي الفروع في ظاهر الرواية لأن هذا ظاهر في الجرح كما لو قالوا نتهمهم في هذه الشهادة ثم قال وروي عن محمد أنه لا يكون جرحا لأنه يحتمل كونه توقفا في حالهم
فلا يثبت جرحا بالشك انتهى وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول عن محمد أنها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره أبو علي السغدي
وذكر الحلواني أنها تقبل ويسأل عن الأصول وهو الصحيح لأن الأصل بقي مستورا فيسأل عنه وذكر هشام عن محمد في عدل أشهد على شهادة شاهدين ثم غاب غيبة
منقطعة نحو خمس عشرة سنة ولا يدرى أهو على عدالته أم لا فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله إن كان الأصل مشهورا كأبي حنيفة وسفيان الثوري
قضى بشهادته رحمه الله لأن عثرة المشهور تحدث بها وإن كان غير مشهور لا يقضى به ولو أن فرعين معلوما عدالتهما شهدا عن أصل وقالا لا خير فيه وزكاه غيرهما
لا تقبل شهادتهما وإن قال ذلك أحدهما لا تقبل أيضا أحد جرحه ففي التتمة إذا شهدا أنه عدل وليس في المثل من يعرفه فإن كان ليس من موضع الستر يعني أن يخفى فيه المسئلة
سأل عنه أو يبعث من يسأل عنه سرا فإن عدلاه قبل وإلا اكتفى بما أخبرا علانية (قوله فإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع) لأن إنكارهم
الشهادة إنكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبر الفروع بوقوعه وخبر الأصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض (قوله وإذا شهد رجلان على
شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم) هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه فقالوا لنا قد أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة فقالوا لا ندري
هي هذه أم لا قال يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة الفلانية بعينها فأخبر الشهادة والصورة فذكر فقال فجاء بامرأة يعني المدعي
جاء بها وهو المنسب وهذا لأن الشهادة بالألف على المعرفة بالنسبة قد تحققت بالشهادة المذكورة للفروع والمدعي يدعي الألف على حاضرة جاز كونها
غيرها فلا بد من التعريف إلى حاضرة بتلك النسبة التي هي شاهد بالألف عليها قال المصنف ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة قال قاضي خان وهذا كرجلين شهدا
أن فلانا اشترى دارا في بلد كذا بحدود كذا أو لا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أن هذه الدار المحدودة المذكورة بهذه الحدود
في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء وهذا التصوير أوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدودة وذكر التمرتاشي رحمه الله وصار كرجل ادعى محدودا في يد رجل
وشهد شهوده أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يده غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود

لا بد من تعريف الشاهد على ان الحق على المدعى عليه وتكذيب الخبر كذا للمدعى عليه ان الحق المذكور ترتيب الشهادة لاحد من ماويته قال رحمه الله وكتاب القاضي
الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها
الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل
بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة
والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف
على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

يقال للمدعي هات شاهدين ان الدار التي في يده محدودة بهذه الحدود ثم تصوير المسألة ليصدق فيما اذا كان المدعي شفيعا والمحدود في يد المشتري فادعى ما يطلب الشفعة وقال المشتري الذي في يدي بطريق الشراء ليس بهذه الحدود ثم قال المص قال يعني محمدا في الجامع الصغير وكذلك كتاب القاضي فانه ذكر فيه المسألتين وقال بعد قوله فاجيز الشهادة وكذلك كتاب القاضي الى القاضي شهادة شاهدين وقال ابو حنيفة ان قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها الى هنا لفظ الجامع الصغير يعني ان القاضي اذا كتب في كتابه الى القاضي الآخر ان شاهدين عدلين شهدا عندي ان لفلان بن فلان على فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فاحضر المدعي امرأة في مجلس القاضي المكتوب اليه فقال هي هذه يقول له المكتوب اليه هات شاهدين ان التي احضرتها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب ليمكن الاشارة اليها في القضاء عليها وقوله الا ان القاضي الخ جواب عن مقدر وهو انه اذا كان في معنى الشهادة على الشهادة ينبغي ان لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول باشهاده فقال ان للقاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل ثم قال المص قال ولو قالوا فلفظ قال القاضي على ما ذكرنا من قول المص تكملة لفظ الجامع على ما نقلناه آنفا اي قال في الجامع قال ابو حنيفة لو قالوا في هذين البابين اي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها اي فخذها يريد القبيلة الخاصة التي ليس دونها اخص منها وهذا على احد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وانه بتسكين الخاء والجمع افخاذ وجعل ديوان الادب بكسر الخاء وانه اقل من البطن ولذا ذكر صاحب الكشاف والزبير فقال العرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصائل فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوبا لان القبائل تتشعب منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا لا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولذا قال الله تعالى وفصيلته التي تؤويه وقد مر في فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة العشيرة والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين واستغنيا عن ذكرها في مثلها في شرحه ثم انما لم يكتف بذكر التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك ونقل في الفصول عن قاضي خان حصول التعريف باسمه واسم ابيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفي بذلك وفي الفصل العاشر من فصول الاستروشني رايت بخط ثقة لو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلثة اشياء فعلى هذا لو ذكر اسمه ولقبه واسم ابيه هل يكفي فيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل مجتهد فيه قال كذا رايت في بعض الشروط ولا يخفى ان ليس المقصود من التعريف ان ينسب الى ان يعرفه القاضي لانه قد لا يعرفه ولو نسبه الى مائة جد او الى صناعته ومحلته بل يثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك وانه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم ابيهما وجدهما او صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضي خان من انه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفى بذلك لا وجه له ما نقل في الاصول من ان شرط التعريف ذكر ثلثة اشياء غير انهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل يقوم مقام الجد او لا والظاهر ما ذكر في النسبة ما ذكر في النسبة الى البلدان في حق من لا يعرف له نسبة الى جد مشهور مثل ان يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره ابو الليث وقيل السمرقندية والبخارية عامة بخلاف الاوزجندية وقيل فالنسبة الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة قال المص ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف في عدم اشتراطه وذكر الجد على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى اي الجد الاعلى في ذلك الفخذ من فينزل منزلة الخاص وهذا التعليل يقول الى حنيفة المنقول في الجامع ان قال في هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها فانه ذكره فيما اذا كان

فصل قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقولون ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات والله اعلم

قال مولانا ثبت نادر السادية من فخر كريه فعلم ان الملاعنة تقوم مقام الجد اذا كان النسب الى اخس الآباء

فصل قوله قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور الخ اخر حكم شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل في الفطرة كونها على الحق والكذب عارض من قبل النفس والشيطان ثم شاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برد شهادته بمخالفة الدعوى او الشاهد الآخر او تكذيب المدعي اذ قد يكون محقا في المخالفة او للمدعي غرض في اداءه وفي شيخ الاسلام ان يشهد بموت واحد فيجيء حيا ولو قال غلطت او ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور قال ابو حنيفة رحمه الله التعزير تشهيره على الملأ في الاسواق ليس غير وقالا نوجعه ضربا ونحبسه فصار معنى قوله لا اعزره لا اضربه والحاصل الاتفاق على تعزيره غير انه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك اشد عليه من الضرب خفية وهما اضافا الى ذلك الضرب والحبس وبقولهما قال الشافعي ومالك رحمهما الله لهما ما روي ان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا رواه ابن ابي شيبة ثنا ابو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن ابي مالك ان عمر كتب الى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب اربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق راسه ويطال حبسه وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول ان عمر ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وقال اخبرنا يحيى بن العلاء اخبرني الاحوص بن حكيم عن ابيه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه امر بشاهد الزور ان يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابي ظاهر اما من لا يراه فوجهه ان اصحابه عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا وهذا ليس بشيء لان الانكار انما يجب فيما طريقه الاجتهاد اذ فرض انه اداه اجتهاده الى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد في محل اجتهاده فلا حجة في هذا السكوت ولان هذه كبيرة من الكبائر على ما صرح به النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري انه صلى الله عليه وسلم قال الا اخبركم باكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت وقرن تعالى بينها وبين الشرك قال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كان كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيه التعزير وهذا لا ينتهض على ابي حنيفة فانه يقتضي التعزير وهو لا ينفيه بل قد قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق انه يستغنى عليه بنفي الضرب وهما يثبتانه فان كان الضرب زيادة في التعزير فليكن اذ قد ثبتت الزيادة فيه بدلالة حديث عمر ولابي حنيفة ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار انا ابو حنيفة عن الهيثم بن ابي الهيثم عمن حدثه عن شريح انه كان اذا اخذ شاهد الزور فان كان من اهل السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يقرئكم السلام ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب ارسل الى مجلس قومه اجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الاولى ونحوه ما رواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع ثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور الى مسجد قومه او الى السوق ويقول انا زيفنا شهادة هذا وفي لفظ كان يكتب اسمه عنده وقال الخصاف في ادب القاضي ثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فادخل بين وكيع وابي حصين سفيان وقد يقال ليس في هذا بالصريح بانه لم يضربه بل انه فعل ذلك ولا ينفي هذا ان يكون مع شيء آخر ثم وجدنا هذا المحتمل مرويا قال عبد الرزاق انا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال اتي شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن راسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به الى مسجد يعرفه الناس غير ان ابا حنيفة رضي الله عنه قال ان فرضنا انه وقع الضرب وقد قلنا انما يعرف شاهد الزور باقراره

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الإقرار وسنقرره

ثم كان ذلك قبل أن يرى شاهد الزور الراجع أنه يفعل به ذلك فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فيرجع فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستفيضا في النفوس يكون صارفا لهم عن الرجوع وحاملا على التمادي فوجبت تركه ويكتفي بما ذكرت من التعزير هذا والعبد العليم بأنه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز أن يتبدل الحكم باعتبار ثبوت معنى آخر وأما الجواب بأن ما روي من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة فإذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد يرد بما ذكرنا من كتاب عمر رضي الله عنه إلى عماله في البلاد وأما الاجتهاد والاستدلال على السياسة بالتبليغ إلى الأربعين ولا يبلغ بالتعزير إلى الحد وغير شيء لأن ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه وقد أجازه عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ خمسا وسبعين وتسعا وسبعين فيجوز كون رأي عمر رضي الله عنه كذلك وأما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد يكون رأي عمر رضي الله عنه أن المثلة ليست إلا في قطع الأعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول واعلم أنه قد قيل إن المسألة على ثلاثة أوجه إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول لهم شهدت في هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزر بالضرب بالاتفاق وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وإن كان لا يعرف حاله ففيه الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم فجواب أبي حنيفة رضي الله عنه في التائب لأن المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعي الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب فلم يخالف فيه أبو حنيفة رضي الله عنه والتسخيم بالجيم عطف على قوله بدلالة التبليغ يقال سخم وجهه إذا سوده من السخام وهو سواد القدر وقد جاء بالحاء المهملة من الأسحم وهو الأسود وفي المغني ولا يسخم وجهه بالخاء والحاء

كتاب الرجوع عن الشهادة

لما كان هذا أبحاث رفع الشهادة وما تقدم أبحاث إثباتها كانا متقابلين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذاك لموازاته إياها وإن ليس له أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كالذي قبله ولتحققه بعد الشهادة إذ لا رفع إلا بعد الوجود فناسب أن يجعل تعليمه بعده كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته بشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالبا إلا لتقدم ما عمدا أو خطأ **قوله** إذا رجع الشهود عن شهادتهم سقطت عن الاعتبار فلا يقضي بها لأن كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا لا نشهد به ولا يقضى بالمتناقض ولأنه أي كلامه الذي ناقض به وهو المتأخر في احتمال الصدق كالأول فليس القضاء بأحدهما بعينه أولى به من الآخر فتوقف كل منهما قالوا ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعمد الزور إن تعمده أو التهور والعجلة إن كان أخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها ليس فيه حد مقدر **قوله** ولا ضمان عليهم لأنهم لم يتلفوا شيئا لا على المدعي ولا عليه **قوله** فإن حكم إلخ إذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وإن رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الكلام الثاني ليس بأولى من كلامهم الأول بل الأول أولى من الثاني في اعتبار صدقه لأنه رجح قبل الحكم لا لأحد الكلامين فلما حكم بأحدهما وبعده ترجح الأول لاتصال القضاء به لأنه مؤكد بحكمه ووقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض إلا بأقوى بالأولى لكن عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم وإنما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم أعني القضاء الذي لا يجوز نقضه بالرجوع مع العلم بأنه لا ينقض القضاء كانوا

ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح

معتبر فيه بان تسببهم في ذلك الاتلاف كان تعديا لانه وقع في الحال بحق والتسبب في الاتلاف تعديا سبب للضمان وكان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع افضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صح رجوعهم في حق انفسهم وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء او دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول استاذه حماد ابن ابي سليمان ثم رجع الى انه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال ولا ينتقض القضاء ولا يرد المال على المقضي عليه لما قلنا وهو قولهما قوله ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم سواء كان هو القاضي المشهود عنده او غيره وزاد جماعة في صحة الرجوع ان يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال واليه اشار المصنف حيث قال واذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما انما لم يجعلا لا يحلفان وكذا لو اقام بينة على هذا الرجوع لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا واقامة البينة والزام اليمين لا تقبل الا على دعوى صحيحة ثم قال حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل فهذا انما يفيد تقييد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام الاسبيجابي بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع او بالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد وذكر انه انما ترك لتفريعات على هذا الاستبعاد وتفرع على اشتراط المجلس انه لو اقر شاهد بالرجوع في غير المجلس واشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء ولو ادعى بذلك لا يلزمه اذ الشاهد ان لزوم المال عليه كان بعد الرجوع ولو اقر في مجلس قاض انه رجع عند قاض كذا صح باعتبار رجوعهما عند هذا القاضي لا الذي استند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضي ثم جحدا تقبل البينة عليهما ويقضي بالضمان عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحاكم في صحة الرجوع وجهين اولهما ان الرجوع فسخ للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك صحة الملازمة منه ظاهر مع ابداء الفرق بان اشتراط المجلس ليتحقق الاداء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله اقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه والاقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء واجاب في النهاية بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع يشترط فيه وجود المبيع فكذا في فسخه وهذا ايضا مما يحتاج الى اثبات الملازمة مع ان الاتفاق ان شرط ذلك في فسخ البيع انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد والتراد يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن ثبوته مع ثبوته دون المجلس ثم هو قد اورد على ما ذكره من ان شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط لابتدائه حضور راس المال دون فسخه واجاب بتمام ما ذكرنا من ان ذلك لامر يخص الابتداء لا يوجد في البقاء وهو كيلا يلزم الافتراق عن الكالي بالكالي وذلك غير لازم في فسخه ولذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتدائه وهذا نحو ما ذكرنا من ان شرط المجلس ابتداء ليتصور الاداء بخلاف الفسخ ثم تمم الجواب بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع لان الرفع يرد على حالة البقاء اثر الشهادة وهو الحكم بها ولو تسلمنا الى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ولو ارخينا العنان في الاخر فانما يكون الشرط للبقاء المجلس الاول الذي كان شرطا للاداء والمجلس المشروط هنا مجلس آخر وذكر بعضهم في وجهه ان الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص بموضع الشهادة وفي منع الملازمة ظاهر فيبينه بان السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل ولا يخفى

قال وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لأن التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأن الإتلاف به يتحقق ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين **قال** فإن رجع أحدهما ضمن النصف

ان اتحاد المحل انما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين في نفسه كما ان المجلس شرط لكل من الشهادة ونقيضها ولو جنح الى ان الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب في مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمجلسه ولا شك ان ذلك ايضا غير لازم فيه زوال الملازمة شرعية بحديث معاذ بن جبل حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم الى اليمن فقال اوصني فقال عليك بتقوى الله ما استطعت الى ان قال واذا عملت شرا فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وانت تعلم ان العلانية لا تتوقف على الاعلام في محل الذنب بخصوصه مع ان ذلك لا يمكن بل في قرية مافيه علانية وهو اذا اظهر للناس الرجوع واشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبينة عليه كيف لا يكون علانية والتمام **قوله** واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه وهذا من مذهب مالك واحمد والشافعي رحمه الله في الجديد لا يضمنان عليهما لانهما سببان ولا عبرة بالتسبيب وانما كان لعدم التعدي مع وجود المباشرة هنا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالملجأ الى مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهة الشرع بافتراض عليه بعد ظهور العدالة واذ الجأه الشرع لا يضمنه ولانه يوجب عدم قبول القضاء الذي من اخذوا ما المدعي فلانه اخذ بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس اولى من الاول لينتقض الحكم واذا لم ينتقض لا يمكن جبره على اعطاء ما اخذ بذلك الوجه الماضي شرعا فاذا تعذر الايجاب على المباشر تعين في المتعدي بالتسبب كحافر البئر في الطريق وعلم ان الشافعية اختلفوا في هذه المسئلة والصحيح عند الامام والعراقيين وغيرهم ان الشهود يضمنون كمذهبنا والقول الآخر لا ينقض ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عن قول ابي حنيفة الاول اذا كان عالما وقت الرجوع مثله هذا الاداء وقد نقض عليه اليقين بايجاب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المقتضي له القاضي واجيب عنه بان ذلك لدليل خاص وهو قول علي في الشاهدين في السرقة بعد ما قطع ورجعوا وجاؤا بآخر وقالوا هذا الذي سرق لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما اخرجه الشافعي رحمه الله وقال بهذا القول نقول فان عورض بانه لا يرى تقليد الصحابي انكر الجواب عنه باني انما قلت به لما ظهر من مناطه من ان امر الدم اشد من امر المال فلما الاشدية لا يتوقف ثبوته على ثبوت الزيادة في احكام الله سبحانه باعتبار امر الآخرة ثم متى يقضي بالضمان على الشاهد قال المصنف اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان هذا ضمان اتلاف ولا اتلاف على المدعي عليه انما يتحقق باخذه منه وهو اختيار شمس الائمة وفرق شيخ الاسلام بين كون المشهود به عينا فيضمنان قبل قبض المدعي اياها بعد القضاء له بها او دينا فلا يضمنان حتى يقبضه المدعي وجه الفرق ان ضمانهما ضمان اتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمماثلة واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وان ازالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو الزمنا قيمته عما ملكه بالاخذ الضمان منهما قبل ان يستوفى المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لان المستوفى منهما عينا في مقابلة دين اوجباه وشمس الائمة لم يفرق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك وان ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء لكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهد شيئا ما لم يخرج من يده وقال البزازي رحمه الله في فتاواه وهو الذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة وقبض المدعي المال او لا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع الى القول القضاء بالشهادة تفريع شهدا انه اجله الى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الكفيل بالحوالة ولو شهد انه ابراه او وهبه او تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك

والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه
لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمنا
نصف الحق لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا
ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان
عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة
خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام
رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشرة دون الرجل
كان عليهن نصف الحق على القولين ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم

ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا انه باع عبده بخمسمائة الى سنة و
قيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشتري بالثمن الى سنته وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنان الخمسمائة
فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع باداء الضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل

قوله والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف لهم
فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال ثانيا لم يتحقق بالرجوع اتلاف شئ ومن المحال ان يضمن مع عدم اتلاف شئ واما
ما اورد من انه ينبغي اذا رجع احد من الاثنين ان لا يبقى شئ من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شئ اصلا فيقتضي ان يضمن الواحد الراجع
كل المال فهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شئ لشهادة واحدة انما هو في الابتداء ولا
يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء فبعد ما ثبت ابتداء شئ بشهادة اثنين نسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه لشهادته فتبقى
هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اذا عرف هذا فاذا رجع احد الاثنين لزمه ضمان النصف لانه اتلفه برجوعه وان
شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي الحق من غير اتلاف شئ منه ببقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق
سقط الضمان كما اذا اتلف مال زيد فقضي عليه بضمانه فظهر ان مستحقه عمرو فانه ياخذه ويسقط الضمان لزيد فاولى ان يمنع الضمان وما نحن
فيه من هذا فان بالرجوع ما اتلف على المشهود له حصته التي اثبتها له بشهادته او صارت مستحقة للمشهود عليه وببقاء من بقي كل الحق يظهر
استحقاق المشهود به لذلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الزيادة للمشهود عليه فان رجع آخر من الثلاثة ضمن الراجعان نصف المال
لان ببقاء الثالث يبقى نصف المال فلو قال الراجع الاول كيف اضمن برجوع الثاني ما لم يلزمني ضمانه برجوعي نفسي وقت رجوعي لا
يقبل منه كما لا يقبل قول احدهم لو رجع الثلاثة لا يلزمني شئ لان غيري ثبت به كل الحق فرجوع غيري موجب عليه لا علي وحقيقة الوجه ان تلف النصف
وان كان مما يستقل به رجوع واحد اذا افترض تحققه مع رجوع جماعة تخاصموا الضمان لانه ليس احدهما اولى به من الآخر وان شهد
رجل وامرأتان فرجعت احداهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة ارباعه ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصفه لان بشهادة الرجل يبقى نصف الحق
وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع منهن ثمان لا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى ضمن التسع ربع الحق
لبقاء النصف بشهادة الرجل الباقي والربع بشهادة الباقية وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى جملة النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين
قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل روى البخاري من حديث ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء
تصدقن واكثرن الاستغفار فاني رأيتكن اكثر اهل النار فقالت امرأة منهن يا رسول الله ما لنا اكثر اهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير
ما رأيت من ناقصات عقل ودين اغلب لذي لب منكن قالت يا رسول الله وما نقصان العقل والدين فقال اما نقصان العقل
فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال
ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج

قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذلك اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض

تضمينهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم السادس او في الضمان النصف من الاخرين ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد لان المرأتين شاهد ففشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شيء فكان الضمان ليس الا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئا ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبقى بشهادته النصف وهو الاول اعني امرأتين ثم هو على الرجل خاصة في قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء وينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان النصف اثلاثا على الرجل والمرأة لان النصف ثابت بشهادة الكل من الرجل والنساء على التوزيع ثم اقام كل امرأتين مقام رجل فكانت النسوة مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعندهما الضمان وعنده اخماسا على النسوة ثلثة اخماس وعلى الرجل خمسان قوله وان شهد الخ اي شهد على امرأة بنكاح على قدر مهر مثلها وادعاه باقل بان ادعاه بالف ومهر مثلها الف فشهد كذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا ضمان الخ ثم رجوعهما ولا الضمان يتنافى الصورتين كما ذكره المص وذكر في المنظومة في صورة النقصان انهما يضمنان ما نقص من مهر مثلها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف قال في باب ابي يوسف لو اثبتوا النكاح فاكسوا ان رجعوا لم يضمنوا ما خسوا ثم مبنيت في المسمى بالعقد وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر فان عند ابي حنيفة ومحمد القول قولها الى مهر مثلها فكانا يقضي لها بالالف لولا هذه الشهادة فقد اتلفا عليها تسعمائة وعند ابي يوسف القول للزوج فهم بنيناه على قوله عليها تسعمائة وبه قال الشافعي وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه حلافا للشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية واشتغلوا بنقل خلاف الشافعي وذكروا وجهه بان البضع متقوم فيتقوم حالة الخروج فكذا في غيره لانه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبتت له القيمة واجابوا بانه انما يوجب التقوم حالة الدخول ليس الا اظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من المنن كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود ولذلك لا لانه متقوم في نفسه كالاعيان المالية لانه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن لان التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الاعيان التي تحرز وتقول والاعراض التي لا تحرز ولا تبقى وفرع في النهاية على الاصل المذكور خلافية وهي ما اذا شهدا بالطلاق الثلث ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنا عندنا وكذا اذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيئا وكذا لو ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجها وعنده عليها وعلى القاتل المهر مهر المثل ولا يدل على قولنا ايضا انه اوجب الضمان باتلاف منافع البضع حقيقة فيما اذا اكره مجنون امرأة فزنى بها تجب في ماله مهر المثل فكذا في الاتلاف الحكمي واجاب بنقله عن الذخيرة بانه في الاتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكم فيه فلا يكون الوارد فيه واردا في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوي لو ادعى انه استأجرها الاسنين بمائة شهر بعشرة دراهم وهي تنكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لانهما اتلفا المنفعة وتلف المنفعة لا ضمان عليه قوله وكذا اي لا ضمان عليهما اذا شهدا على رجل انه تزوج امرأة بمهر مثلها بان ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا بعد الفسخ النكاح على كل حال بعده فقضى به ولا الضمان ما اتلفاه

قال وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما

عليه من مهر المثل لانها عوضا ملك البضع وهو متقوم حال وروده التملك عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذي يحكم به على الشاهدين وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على مهر المثل لانهما اتلفاه بلا عوض وهي من الاعيان التي يقع المماثلة بالتضمين فيها **قوله** وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر بان ادعى ذلك مدع فشهدا له ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان شهدا به باقل من القيمة ثم رجعا ضمنا نقصان القيمة لانهما اتلفا هذا القدر عليه بلا عوض هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فان انتظمهما في شهادة واحدة بان يشهدا انه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشتري اوفاه الثمن ففي الاول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبائع وجه الفرق ان في الاول المقضي به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولذا قلنا لو شهد اثنان على رجل انه باع من هذا عبده واقاله في شهادة واحدة لا يقضى بالبيع فانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضي به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا به وبعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما ثم قال المصنف ولا فرق بين كون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب يعني البيع هو السابق حتى استحق المشتري المبيع بزوائده وقد اثبتاه بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه فانضاف التلف الى الشهود وهذا جواب عن سؤال ذكره في المبسوط حاصله ينبغي ان لا ضمان عليهما لانهما انما اثبتا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت كان مختارا في ازالة ملكه غيره فلا يجب الزمان والجواب ان سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الامر انه سكت الى ان مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه بجواز كونه لتحرزه عن ان يضاف اليه الكذب لانه قد انكر القول فاذا فسخ كان معترفا بالعقد ورده منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يتحرز عن مثله وكذا لو شهدا بالعقد على ان فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمناه ولو ان المشهود عليه بالشراء اجازه في المدة سقط الضمان عنهما لانه اتلف ماله باختياره كما لو اجازه البائع في شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة يسقط ايضا **قوله** وان شهدا انه طلق امرأته قبل الدخول فقضى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر هذا اذا كان في العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط وعلى المؤكد ما على الموجب اما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله او طاوعت ابن زوجها سقط المهر اصلا واما ان على المؤكد ما على الموجب ففي مسئلتين هما ما اذا اخذ محرم صيد الحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ويرجع على القاتل لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان يتوب فيطلقه وما اذا اكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول فان على الزوج نصف المهر ويرجع به على المكره لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان تباشره وكذلك بارتدادها ونحوه ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط كل المهر كما مر في النكاح اي من باب المهر من ان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما

قال وإن شهدا على أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء إليهما وإن شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فأشبه المكره بل أولى لأن الولي يعان والمكره يمنع ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لأن التسبيب ما يفضي إليه غالبا وههنا لا يفضي لأن العفو مندوب بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهرا ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف

فلا يجب بمقابلته شيء ثم يجب نصف المهر ابتداء متعة أو جبا بشهادتهما فلا يجب ضمانه عليهما وإنما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لأنه ليس حقيقة الفسخ وإلا لم ينقص من عدد الطلاق شيء فإنما هو في معناه لسبب عود المعقود عليه إليها سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور في القدوري والبداية وحكمه أنه لا يجب ضمان لأن البضع لا تقوم له حال الخروج وما دفع من قدر المهر قد اعتاض عنه منافع البضع ولم يتلفا عليه مالا بلا عوض وفي التحفة لم يضمنا إلا ما زاد على مهر المثل لأن قدر مهر المثل إتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها ثم المعروف أن الشاهدين لم يضمنا سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم أن ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر إلى تمامه لأنهما برجوعهما زعما أن الزوج لم يطلقها وإنما وقع بالقضاء فعند أبي حنيفة وقوعه بالقضاء كإيقاع الزوج وبإيقاع الزوج ليس لها إلا النصف وعند محمد القضاء ليس إيقاعا منه فبقي حقها ثابتا في كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد أتلفاه انتهى والوجه بطلان القضاء بالوقوع إنما هو حنث تكذيبا له في إنكار الطلاق على أن نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة ولا يعول عليه **قوله** وإن شهدا أنه أعتق عبده فقضى بالعتق ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا عليه مالا متقوما بلا عوض فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لأنه ضمان إتلاف وهو لا يتقيد باليسار والولاء للمولى لأن العتق من جهته وإن كان منكرا للعتق صار مكذبا شرعا وإنما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لأن العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا نافيا للضمان لأنه ليس بمال بل هو كالنسب يورث به ولو كان شهدا بتدبير العبد وقضى به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير فإن مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا للورثة ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فإنه لا يحول بين المولى ومدبره بل تنقص ماليته ثم إذا ضمنا تبعا للمكاتب على نجومه لأنهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي إليهما الجميع كما كان مع المولى والولاء للذي شهدا عليه بالكتابة وإن عجز فرد في الرق كان لمولاه لأن رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ويرد المولى ما أخذ منهما بزوال حيلولتهما برده في الرق فهو كغاصب المدبر إذا ضمن قيمته بعد إباقه ثم رجع يكون مردودا على المولى ويرد المولى على الغاصب ما أخذ منه ولو كانا شهدا على إقراره بأن هذه الأمة ولدت منه فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بأن تقوم أمة وأم ولد لو جاز بيعها مع الأمومة فيضمنان ما بين ذلك فإن مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها أمة للورثة وإنما نعا في شهادتهما على إقراره في ابن في يده أنه منه بأن شهدا على أنه أقر أنها ولدت منه هذا الولد كان عليهما ما لو كان المولى قيمة الولد فإن قبضها ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين ما ورث مثل ما كان الميت أخذه منهما من قيمته وقيمة أمه لأنه يقول الميت أخذه بغير حق وإنه دين في تركته لهما والذي عندي أنه ينبغي أن يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لأنهما أتلفاه عليهم بشهادتهما **قوله** وإذا شهدا بالقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وهو مذهب مالك نقلا عن أشهب والدية على عاقلة الشهود ومذهب أحمد أن قالا أخطأنا ضمنا الدية في مالهما وإن قالا تعمدنا اقتص منهما وقال الشافعي يقتص لوجود القتل منهما تسبيبا فأشبه الشاهد المكره فإنه تسبب بشهادته في قتل الولي كما أن المكره تسبب بإكراهه في قتل المكره فقتل

قال وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد ولا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا ضمان عليهم لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا

المسكر بل هو أو سوى منه لأن ولي القصاص بعد الشهادة يثاب على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد والمكره لا يثاب على القتل بل يمنع وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه أحد ولذا أن القتل من الشاهد لم يوجد تسبيبا لأن التسبيب ما يفضي إلى المسبب فيه غالبا والشهادة لا تفضي إلى قتل الولي على وجه الغلبة فإن أفضت إلى القضاء بل كثيرا ما يقع ثم يقف الناس في الصلح على الدية بل على قدر بعضها فلم يفض غالبا إليه بل قد وقد فمن الناس من يغلب عليه طلب التشفي ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى أنه جمع بين ما هو الأحب للشارع وحصول مال ينتفع به وهو جمع بين دنيا وأخرى لا شك أن هذا بالنظر إلى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي كثرة وجوده وبالنسبة إلى القتل فكيف إذا علم كثرة وقوعه وإذا انتفى التسبيب حقيقة من الشاهد انتفى قتله بخلاف المكره يعني بخلاف المكره لأن الغالب أن الإنسان يؤثر حياته على حياة غيره فكان المكره بإكراهه مسببا حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الإيثار الطبيعي ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو إثبات ما يفضي غالبا إلى الفعل ووجه آخر وهو أن الفعل الاختياري ذي الاختيار الصحيح أعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة مما يقطع نسبة الفعل إلى الشاهد كما عرف في غير ذلك من حفر إنسان قيده فأبق باختياره وأمثاله كمن دفع السكين إلى غيره لتعديا فإنه يدفعه الاختياري انقطعت نسبة التلف إلى الحافر فلا وجود للمسبب مع المباشر مختارا بخلاف المكره فإنه وإن اعترض فعله الاختياري على الإكراه لكن اختياره اختيار فاسد للإكراه عليه فكان كلا اختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع والإجارة بيعه ولا إجارته ونحوها فلم تقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كالآلة للمكره فقتل بها فذلك التنزيل على أنه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة إلى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة في إيجاب القصاص عليه والقصاص يندرئ بالشبهات بخلاف المال فإنه يثبت مع الشبهة وقوله فأشبه المكره بكسر الراء وقوله والمكره يمنع بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه أبي الليث وفي شرح الجامع الكبير للعتابي إذا شهدوا على رجل أنه قتل فلانا خطأ أو عمدا فقضى بذلك وأخذ الولي الدية في الخطأ وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة في الخطأ إن شاؤوا رجعوا على الآخذ لأنه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد وإن شاؤوا ضمنوا الشهود لأنهم تسببوا التلف بغير حق وهم يرجعون على الولي لأنهم ملكوا المضمون وهو الدية بأداء الضمان فتبين أن الولي أخذ مالهم وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود لأن القضاء أورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين أن يضمنوا الولي الدية ولا يرجع هو على أحد وبين أن يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند أبي حنيفة لأنهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لأنه لا يقبل التمليك لأنه ليس بمال وعندهما يرجعون لأنهم ضمنوا لأن أداء الضمان انعقد سبب التمليك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مدبرا فغصبه آخر ومات في يده وضمنه المالك يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا **قوله** وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا وهذا بالاتفاق لأن الشهادة التي في مجلس القضاء وهي التي بها القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا ولم يذكر المصنف خلافا وفي شرح القدوري لأبي نصر البغدادي قال هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية عن أبي حنيفة انتهى وقال أبو المعين في شرح الجامع الكبير فيما إذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان ابن فلان خطأ فقضى بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود عليه بقتله حيا الأصول

ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في ذلك لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع

الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز ان الاصلين اشهداهما غير ان الولي يرد شهادتهما فتقرر ما اخذ منها فلو حضر الاصلان وقالا لم نشهدهما لم يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصلين اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما لو رجعا بان قالا اشهدناهما باطلا لم يضمنا عليهما لان شهادتهما اشهادهما الفرعين كانا في غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء واذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا انكر الشهود لعدم ذلك حياة واما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال هنا لا يضمنان يعني قال محمد في انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر تردد اني انه قال الكل او انه قول ابي حنيفة وابي يوسف خاصة وقال الكاكي واما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف في وجهه لانهم انكروا اي شهود الاصل السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر محتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما اذا انكروا الاشهاد قبل القضاء لا يقضي بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم وان قالوا اشهدناهم وغلطنا او اشهدناهم ورجعنا ضمن الاصول كما اطلق القدوري حكم المصنف بان الضمان قول محمد اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا ضمان على الاصول لمحمد ان الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس ووقع القضاء بها كانهما حضرا بانفسهما وادّيا فاذا رجعا ضمنا وغاية الامر ان يكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار انها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع ولا حاجة الى اعتبار الفرعين نائبين من الاصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع فانه لو كان كذلك لصح منع الاصلين اياهما من الاداء بعد التحميل ولا يصح فلهما بل عليهما ان يؤديا المنع بعد التحميل ولابي حنيفة وابي يوسف ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو كما لو شهدوا بحق آخر انما يقضي به بشهادتهم وهذا لان القاضي انما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما واذا ثبت ان القضاء ليس بالاشهاد تماما لم يضمن غيرهما وقد اخر المصنف دليل محمد مع تقديم قوله وعادته ان يكون المرجح عنده ما آخره **قوله** ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير بناء على ما عرف لهما من ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع والضمان انما يكون برجوع من قضى بشهادته وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكراه وهو قولهما ان القضاء بما عاين القاضي من الحجة وانما عاين شهادة الفروع ومن الوجه الذي ذكره اي محمد وهو ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فالقضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الاصول وقوله والجهتان متغايرتان جواب عما يقال لم يجمع بين الجهتين فيضمن كل من الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايرتان لان شهود الاصل يشهدون على اصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احدهما اشهاد والاخرى اداء للشهادة في مجلس القضاء ولا مجانسة بين الشهادتين فلا يعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بامر واحد فلهذا لم يجمع بين الفريقين في التضمين شيئا ثبت له الخيار في تضمين اي الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين اذا ضمن بما ادى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع الى غاصبه لان كلا من الشهود مؤاخذ بفعله فاذا ضمن المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب التلف نقل شهادة الاصول اذ لولا اشهاد الاصول ما تمكن الفروع من النقل ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الاصول والفروع في حق المشهود عليه

قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض

قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشائخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

سبب للضمان اما الفروع فبالنقل اما الاصول فبتحميلهم الفروع على النقل اذ التحميل لزمهم ذلك شرعا حتى يأثمون لو تركوا النقل بخلاف العاصب مع مامسبه **قوله** وان رجع المزكون عن التزكية بعد القضاء بالمال ضمنوا المال اطلقه القدوري وذكر المصنف ان ذلك قول ابي حنيفة وعندهما لا يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف اليهم فلا يضمنون وصاروا كشهود الاحصان ماذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا ولابي حنيفة رحمه الله ان التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس عليه لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض اي عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام المؤثر في الحد رجما كان او جلدا ليس الا الزنا الا انه قد يقال من جرهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا فزكوا وقال المزكون هم احرار مسلمون فظهروا عبيدا او كفارا لا ضمان عليهم ولا على الشهود اما الشهود فلانه لم يتبين كذبهم في الشهادة بل الواقع ان لا شهادة على المسلمين من عبيد او كفار واما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبار القاضي بذلك شهادة ولما رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا وانما اثنوا على الشهود خيرا وابو حنيفة يقول جعلوا ما ليس موجبا موجبا للشهادة موجبا بالتزكية الخ يعني ما ذكرنا **قوله** واذا شهد شاهدان باليمين اي شهدا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار وتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقضى بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان فالضمان كنصف المهر وقيمة العبد على شهود اليمين خاصة واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله انت طالق وانت حرة به العلة في الوقوع وهذا الذي سماه المصنف السبب فلذلك اما اثبته شهود اليمين بخلاف شهود الدخول لان الدخول لم يوضع علة شرعا للطلاق والاعتاق فلم يكن علة وانما هو لتحقق الدافع مع وجود الحافر وهما مسببان غير ان الدافع متسبب اقرب من الحافر لان العلة انما هي الثقل فلان اليمين مباشر العلة دون مباشرة السبب اولى ومن هذا خارج فيما تخيير مع شهود اختيار النفس الضمين شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب ولا يلزم على هذا اذا شهدا انه تزوج فلانة وشهد آخران انه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول دون شهود التزوج لان شهود الدخول اثبتوا ان الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزوج فوجبت شهادتهم من ان يكون اتلافا ثم مقتضى ما في الوجه انفراد شهود اليمين بالضمان ان يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بسببهم بابتا ثم ما ثبت السبب عنده بخلاف ما اذا رجع شهود اليمين وحكى المصنف فيه اختلاف المشائخ قال العتابي قال اكثر المشائخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق لان له اثرا في وجود العلة عنده فيكون سببا للضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه اثر في منع وجود العلة لان الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب اثباته فلا يلحق بالعلة وجعل شمس الائمة هذا قول بعض مشائخنا يعني ما ذكرنا من كلام العتابي ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة الاتلاف وذلك عند وجود الشرط يصير مضافا اليه لا الى الشرط سواء كان شرطا او لا بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشي وذلك ليس من مباشر الاتلاف في شيء فلهذا يجعل الاتلاف مضافا الى الشرط وهو ازالة المسكة

كتاب الوكالة

ثم لا يخفى عليك ان صورة رجوع شهود الشرط وحدهم فلذا لم يختلف في عدم الضمان عليهم والله سبحانه اعلم

كتاب الوكالة

اعقب الشهادة بالوكالة لان كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره الموكل والمدعي معتمد عليه كل منهما والوكالة لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو تفويض امرك الى من وكلته اعتمادا عليه فيه ترفها او تحرزا او عجزا عنه والوكالة ابدا اما للعجز او للترفه وكل منهما للضعف ولذا كان معنى الوكيل من فيه ضعف وبه فسر قول لبيد

وكاني ملجم سوذانقا ٭ اجدليا كريا غير وكل ٭

والسوذانق والسوذنق والسوذقين الشاهين والاجدل الصقر نسب فرسه اليه ووكلا جبانا وكيلا اي مفوضا اليه الامر ومنه وكل امره الى فلان ومن هذا قول الحطيئة

فلا يا قصرت الطرق عنهم بجسرة ٭ امون اذا وكلتها لا تواكل ٭

يعني اذا فوضت مطالبها الى اكل نفسها على ان احتها على السير بل تسرع جدها في السير ولا تضعف فيه والتوكل قبول الوكالة اتكلت عليه اعتمدت واصله اوتكلت قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم ابدلت تاء وادغمت في تاء الافتعال واما الوكيل فهو القائم بما فوض اليه من الامور وهو فعيل بمعنى مفعول اي موكول اليه الامر فاذا كان قويا على الامر قادرا عليه نصوحا اتم امر الموكل فاذا رضي الله سبحانه وتعالى ان يكون وكيلا حسبك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم فكيف اذا احبك لتحقق معنى كونه فعلا منه قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب لا اله الا هو فاتخذه وكيلا وعلى هذا استمرار احسانه وبره لا التخيير واما شرعا فالتوكيل اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وقال الامام المحبوبي اذا قال لغيره انت وكيلي في كل شئ كان وكيلا بالحفظ واما سببها فتعلق البقاء المقدور بتعاطيها والمحاجة المتحققة اليها كما يظهر في كلام المصنف رحمه الله واما ركنها فالالفاظ الخاصة التي بها يثبت من قوله وكلتك ببيع هذا او شرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحا او دلالة فيما اذا سكت فلم يقبل او يرد ثم عمل فانه ينفذ وتظهر قبوله بالعمل وروى بشر عن ابي يوسف انه اذا قال لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او قال هويت او رضيت او وافقني او شئت او اردت ونحو ذلك فهو توكيل ولو قال لا انهاك عن طلاق زوجتي لا يكون توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا انهاك عن التجارة لا يصير مأذونا قال الفقيه ابو الليث الجواب في الوكالة كذلك اما في الاذن يجب ان يكون مأذونا وفي قول علمائنا لان العبد بسكوت المولى يصير مأذونا فهنا فوق السكوت ذكره في الذخيرة ولا بد من قول المعنى ان قوله لا انهاك في حال عدم مباشرة البيع فوق سكوته اذا رآه يبيع وتقدم عن المحبوبي انت وكيل في كل شئ يكون بالحفظ قال فلو زاد فقال انت وكيلي في كل شئ جائز صنعك وامرك فعند محمد يصير وكيلا في البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى يملك ان ينفق على نفسه من ماله وعند ابي حنيفة في المعاوضات فقط ولا يلي العتق والتبرع وفي فتاوى بعض المتأخرين عليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امراتك او وقفت ارضك الاصح انه لا يجوز ومثله انه اذا قال وكلتك في جميع اموري ولو قال فوضت امر مالي اليك يصير وكيلا بالحفظ فقط وكذا فوضت امري اليك الصحيح انه مثله وفي المبسوط اذا وكله بكل قليل او كثير فهو وكيل بالحفظ لا بالتقاضي ولا البيع ولا الشراء فوضت لك امر مستغلاتي وكان اجرها يملك تقاضي الاجرة وقبضها وكذا امر ديوني يملك التقاضي وامر دوابي يملك الحفظ والرعي والتعليق وامر مماليكي يملك الحفظ والنفقة او فوضت اليك امر امراتي تملك طلاقها واقتصر على المجلس بخلاف

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون سبيله دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة

بالوفاة وكذلك والوصاية حالة الحياة وكالة كالوكالة بعد الموت وصاية لان المنظور اليه المعاني ولو قال ملكتك في كل اموري واقمتك مقام نفسي ليس توكيلا عاما فان كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملات مختلفة فالوكالة باطلة ولو قال وكلتك في جميع الامور التي يجوز فيها التوكيل فتوكيل عامة تتناول البياعات والانكحة وما شرطها فسياتي مفرقا ومن شرط الوكالة ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام واما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضى الآخر كما سيجيء ان شاء الله تعالى ولكن شرعيتها غير لازمة ورد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فانت وكيلي لانه لا يملك عزله لانه كلما عزله تجدد وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق امكان عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل ان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لان العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق في المنجز لان المعلقة بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح ان يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع صحيح وقال الفقيه ابو جعفر وظهير الدين المرغيناني يحتاج الى تقديم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لانه اذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة اخرى من المعلقة قيل وهذا انما يلزم اذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول ابي يوسف ان الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح واما على قول محمد انه يجوز فلا وهو المختار واما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم الاصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والا فمن احكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة في ذلك وليس يثبت ذلك للموكل قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به ضابطة لا حد فلا يرد عليه ان المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا بالعكس ولا يمكن طرده عدم توكيل الذمي مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوكيل به الذي نفذ قد تقضى ببطلانه لانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل احد به بل التوكيل به في الجملة وانما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض اليه التصرف مطلقا فانه يملك العقد ولا يملك التوكيل به وان كان المراد بما لكه بحجر واليه استبدال الاباحة على اذن غيره قوله صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه وكل بالشراء حكيم بن حزام فرواية ابي داود بسند فيه مجهول انه صلى الله عليه وسلم بعث معه بدينار ليشتري له اضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين واشترى اضحية وجاء بها وبدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي به ودعا ان يبارك له في تجارته ورواه الترمذي من حديث حبيب بن ابي ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندي من حكيم الا انه ادخل في الارسال عنه انه تصدق قوله صح اذا كان حبيب لم يسمعه فقد اخرج ابو داود عن شبيب بن غرقدة قال حدثني الحي عن عروة البارقي قال اعطاه النبي دينارا يشتري به اضحية او شاة فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة فكان لو اشترى ترابا لربح فيه واخرجه ايضا ابو داود والترمذي وابن ماجه واحمد عن ابي لبيد لمازة بن زبار عن عروة فذكره الذي تحقق من هذا ان هذه القضية وقعت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم او مع عروة او كل منهما بناء على انهما واقعتان ثم ثبتت شرعية الوكالة في كل حال واما انه وكل عمر بن ابي سلمة بالتزويج فاخرج النسائي عن ثابت حدثني ابن عمر بن ابي سلمة ان النبي بعث اليها يخطبها فقالت ليس لي امرأة مصبية وغيرى وانه ليس احد من اوليائي شاهدا فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك فقال ارجع اليها فقل لها اما قولك اني غيرى فسأدعو الله فيذهب غيرتك واما قولك اني امرأة مصبية فسيكفيك الله صبيانك واما ان ليس احد من اوليائك شاهدا فليس احد من اوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك فقالت لابنها يا عمر قم فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجها اياه ورواه احمد وابن راهويه وابو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد واسم ابن عمر بن ابي سلمة سعيد ... وذكر فيه ابن الجوزي علة باطلة وهي ان عمر كان اذ ذاك صبيا فانه تزوجها عليه السلام سنة اربع وكان ابن سنين فكيف يقال لمثله زوج ... صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال وقد كان الكلاباذي وغيره

قال: ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات، وقد صح أن عليا رضي الله عنه وكل عقيلا، وبعدما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه، وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص، فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تندرئ بالشبهات، وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل، بل هو الظاهر للندب الشرعي، بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع، وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء، فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضا، وقول محمد رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله، وقيل مع أبي يوسف رحمه الله، وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته، لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه، له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة، فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق، وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص، وكلام أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر، لأن الشبهة لا تمنع الدفع، غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به.

قاله قال ابن عبد البر: ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة، ويقوي هذا ما أخرجه مسلم عن عمر بن أبي سلمة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال صلى الله عليه وسلم: سل هذه، فأخبرته أم سلمة أنه عليه السلام يصنع، فقال: يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر، فقال صلى الله عليه وسلم: أما والله إني لأتقاكم لله وأخشاكم له، فظاهر هذا أنه كان كبيرا، ثم لا يخفى أن ظاهر اللفظ يقتضي أنه كان وكيلا عن أمه أي أنه زوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأما ما يفيد ذلك حديث أخرجه البيهقي من طريق الواقدي أنه صلى الله عليه وسلم خطب أم سلمة إلى ابنها عمر بن أبي سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير، إلا أنهم يضعفون الواقدي على ما قالوا، وفيه دليل على صحة وكالة الصبي العاقل، فإذا علم أن نظرنا إلى حديث الواقدي فظاهر، وإلى الحديث الصحيح فلأنه لم يزوجها بحكم الولاية على أمه لأن الابن لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة والله تعالى أعلم، وقد قيل إن عمه ابن أم سلمة هو المقول له ذلك والمزوج هو سلمة بن أبي سلمة، ومما يدل على شرعية الوكالة ما أخرجه أبو داود عن ابن إسحاق في كتاب القضاء: حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه سمعه يقول: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت إني أريد الخروج [illegible] إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته، وابن إسحاق عندنا من الثقات، وأما توكيل علي رضي الله تعالى عنه عقيلا رضي الله تعالى عنه فأخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال: كان علي يكره الخصومة وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عقيل وكلني، وخرّج عن علي أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة، وقول المصنف لأن الإنسان قد يعجز إلى آخره بيان حكمة شرعية الوكالة. **قوله** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة إلى ذلك فإنه ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات التي بها يثبت حقه أو يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر، وكذا يجوز التوكيل بإيفاء الحقوق واستيفائها إلا في الحدود والقصاص في النفس وما دون النفس فإن الوكالة لا تصح بإيفائها إلا باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس، أما ما يتعلق بالاستيفاء فلفظه، أما في الإيفاء فلأن الإيفاء ليس إلا تسليم ظهره ونفسه لإقامة الواجب عليه وذلك لا من الجاني لنفسه وللوكيل فكان كمن ... في الاستيفاء، وإنما لا يجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل لأنها أي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات، وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى، بخلاف غيبة الشاهد بالحدود والقصاص فإنه يستوفى ذلك مع غيبته لأن شبهته ليس إلا الرجوع وليس ... ولا ظاهرا لا من جهة الأصل ولا الغالب لأن الأصل الصدق خصوصا مع العدالة، والرجوع ليس غالبا بل من نحو نادر، فإنه ... لا يعرف إلا ما يقع عند علي والله سبحانه وتعالى أعلم أنه يقع عند غيره وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يعتبر شبهة يدرأ باعتبارها حكم، بخلاف الاستيفاء حال حضرة الموكل فإنه لو كان بحيث يجوز فإن المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو امتنع التوكيل بطل ... وهذا في القصاص، وأما في الحدود فإن الذي يلي استيفاءها الإمام وقد لا يحسن فيجوز توكيل الجلاد وإلا امتنع، ثم لا يخفى أن تعليل المصنف المنع حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو إنما يستقيم في القصاص دون الحدود لأن العفو فيها لا يتحقق أصلا كما أسلفنا في الحدود ولو كان حد قذف وسرقة لأن الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفى المسروق منه لا يلتفت إليه ويقطع، فالوجه أن يعلل فيما يجري فيه من إمكان ظهور شبهة أو غلط في الاستيفاء لا يمكن تداركه فيؤخر إلى أن يحضر المستحق احتياطا للدرء. **قوله** هذا الذي ذكرناه أي من جواز التوكيل بإثبات الحدود من جهة المقذوف والمسروق منه بإقامة البينة على السبب قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف لا تجوز الوكالة بإثباتها، وقول محمد مضطرب تارة يضم إلى أبي يوسف وتارة إلى أبي حنيفة، فظاهر كلام المصنف ترجيحه، وكذا فعل في المبسوط، وقيل هذا الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف عند غيبة الموكل، فأما بإثباتها وهو حاضر فجائز اتفاقا لأن كلام الوكيل بل ينتقل إلى الموكل عند حضوره، لأبي يوسف أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يحترز عنها في الحدود والقصاص حتى لا يثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي إلى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لثبوت الحد لأن وجوبه إنما يضاف إلى نفس الجناية لا إلى الخصومة، والظهور أي ظهوره يضاف إلى نفس الشهادة لا إلى السعي في إثباتها فكان السعي في ذلك حقا كسائر الحقوق فيجوز لقيام المقتضي وانتفاء المانع، وقوله سائر الحقوق أي:

وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة

فيجوز الوكالة بهذا الحق كباقي الحقوق ولا حاجة الى التفسير بجميع الحقوق بناء على ما في صحاح الجوهري ثم تخطئته بانه انما هو بمعنى الباقي لا الجميع هذا ومنع انتفاء المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال للاسقاط فان قيل لو صح هذا لم يجز اثباتها من الموكل بنفسه على ما ذكرت انه ساع الى آخره وذلك محل الاجماع قلنا الفرق ان الوكالة فيها زيادة تحسين حيلة وتكلف لاثباته اذ الظاهر انه يوكل الا لاستيفائه به عليه لقصد منه بمزيد الاثبات والشرع الغى في اثباته لذلك التكلف الزائد والتهالك فيه بل اذا خير تركه لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين تبعوا ماعزا حين هرب لما اذلقته الحجارة هلا تركتموه او نحو ذلك قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص على قول ابي حنيفة ومنعه ابو يوسف لا اشكال ان كلام ابي حنيفة فيه اظهر منه لو كان باثباتها لان الشبهة التي لها منع ابو يوسف هناك لا تمنع الدفع بل تقتضي ان يتوقوا بجوازه الوكالة بدفعه ثم لا يجيز الوكيل الاقرار على موكله كما هو قول ابي حنيفة فخلافه منها بحيث الله تعالى اعلم ثم وجه عدم صحة اقرار الوكيل من جهة المطلوب بها وجوابه انه في غيره ان الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب مطلقا توعا من المجاز فيعتبر عينه فيما لا يندرئ بالشبهات ويحصل منه الاعتراف فيما يندرئ بها بالشرع العام في الدرء بالشبهات وفي اقراره شبهة في عدم الامر به قوله وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة من قبل المدعي والمدعى عليه الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز ذلك بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي قال المصنف ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم يعني الواقع انه اتفقنا لا يجوز التوكيل الى آخره لا يلزم الا برضا الآخر وانكر بعض الشارحين ما نص عليه غيره من التفسير المذكور بسبب المفهوم من عبارة محمد بن الحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك ساق عبارتهم فلم تزد على ما هو من نحو قول القدوري المسطور هنا وهو لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم وهم قد علموا ذلك ولم يشكوا فيما فسروه بذلك وسبق الى شمس الائمة الى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضا الخصم صحيح لكن للخصم ان يطالب الخصم ان يحضر بنفسه ويجيب ونحو ذلك فهذا الكلام كثير مما يفيد ان المراد ما ذكره وسبب ذلك انه لما لم يعرف لاحد القول بانه اذا وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافيا في توجه خصومة الوكيل ولا يصح حتى يجدد له وكالة اخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا ان المراد بل يجوز الا برضاه انما لا يمضي على الآخر ويلزم عليه الا ان يرضى ومعنى هذا الا ان اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التاويل المذكور من العبارة التي نقلها مع عن ابي حنيفة لا اقبل وكالة حاضر من صحيح الا ان يرضى خصمه قرينة من التفسير المذكور والى هذا يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة كما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة لهما ان التوكيل بالخصومة تصرف في خالص حقه لان الخصومة حقه الذي لا يصدق بحثه فاستنابته فيه تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره وصار كالتوكيل بغير ذلك بتقاضي الديون وله ان جواب الخصم مستحق على خصمه ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل ان يثبت له شيء ليجيبه بما يدعيه عليه غاية ما ذكرتم انه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير ولا شك ان الناس يتفاوتون في الخصومة كما صرح قوله عليه السلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من الآخر فاقضي له فمن قضيت له بحق اخيه فانما هي قطعة من نار ومعلوم ان الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوي الباطلة ليغلب ان لم يكن الحق معه كما افاده الحديث المذكور وفي هذا ضرر بالآخر فلا يلزم الا بالتزامه وصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانه تصرف في خالص حقه ومع هذا لما كان متضمنا الاضرار بالآخر كان له فسخه ومن استاجر دابة ليركبها ليس له ان يركبها غيره ايا ما تصرف في حقه وملكه مع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالمؤجر اذا كان الناس يختلفون في الركوب بخلاف ما قاسا عليه من التوكيل بتقاضي الدين فانه حق ثابت معلوم بقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم ليس فيه تفاوت يثبت به ضرر على المطلوب ان تقتضي ما عليه وللقاضي حد معلوم اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررا اشد من شدة التقاضي وعدم المساهلة في القبض لتضمنها التحيل على اثبات ما ليس بثابت او دفع ما هو ثابت فلا تقبل بغير رضاه الا اذا كان معذورا وذلك بسفره وانه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته او مرضه وفي توكيل عليه تغيير بالخصومة ان لم يقبل فيه اشتراط رضا الخصم لم ينقل عنه فهو جائز الوقوع فلا يدل لاختيار شمس الائمة والذي يختاره ان القاضي اذا علم من المدعي التعنت في اباء التوكيل يقبله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون

الا برضى الآخر فيقال ومع الضرر من الجانبين ثم ذكر في حد المرض ان لم يستطع المشي وليقدر على الركوب ولو على انسان لكن يزداد مرضه مع التوكيل وان لم يزدد اختلفوا فيه والصحيح انه ان لم يوكل الا بنفس الخصومة مشقة زيادة سوء المزاج فلا يلزم به ولا يلزم التوكيل من المسافر لتعين الحاضر عند ارادة السفر غير ان القاضي لا يصدقه في دعواه ارادته فينظر الى زيه وعدة سفره ويسأله مع من يريد ان يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك كما اذا اراد فسخ الاجارة لعذر من السفر فانه لا يصدقه اذا لم يصدقه الآخر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا نعم تحقق العذر في فسخها قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي هو الامام الكبير ابو بكر الجصاص احمد بن علي الرازي يلزم التوكيل منها لانها لو حضرت لم تستطع ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها او يضيع حقها قال المصنف رحمه الله وهذا شيء استحسنه المتأخرون يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل وغيره عن ابي حنيفة رحمه الله لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك في تخصيص الرازي بالقول ثم تعميم المتأخرين ليس الا لفائدة انه المبتدئ بتفريع ذلك وتبعوه ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي انها التي لا يراها غير المحارم من الرجال اما التي جلست على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا بحق بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز فاما هي المنعة التي تكون لها عادة لعوام ليعمل بها والذي لم يعهد لها بروز ويجيء لقضاء حوائجها بنفسها لما هو لازم توكيلها الآن في الزام ما يوجب تضييع حقها وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الآخران على يمينها او نكولها وفي ادب القاضي للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه مريضا او مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضي مأذونا بالاستخلاف بعث نائبا لفصل الخصومة بينهما وان لم يكن بعث امينا وشاهدين ليسمع ان المرأة او المريض فان بعثهما ليشهدا على اقرار كل منهما او انكاره مع الآخر فينقلاه الى القاضي ولا بد للشهادة من المعرفة فاذا اشهدا عليها قال الامين وكل من يحضر معك مجلس الحاكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي باقرارها او انكارها لتقام البينة على ذلك الوكيل ولو توجه يمين على احدهما عرضه الامين عليه فان ابى الحلف عرضه ثلاثا فاذا نكل امره ان يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته واذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله قال السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط للقضاء بالنكول ان يكون على اثر النكول واما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول فقال بعضهم الامين يحكم عليهما بالنكول ثم ينقل الشاهدان الى القاضي مع وكيلها فيمضيه القاضي وقال بعضهم يقول القاضي للمدعي أتريد حكما يحكم بينكما بذلك ثمة فاذا رضي بعث امينا بالتحكيم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضي بحكمه وحكم فان كان مما لا اختلاف فيه نفذ وان كان فيه خلاف توقف على امضاء القاضي والقضاء بالنكول مختلف فيه فاذا امضاه نفذ على الكل وفي الذخيرة من الاعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند ابي حنيفة رضي الله عنه حيض المرأة اذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذا على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضاه او مطلوبة ان اخبرت بالطالب الى ان يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بلا رضى الطالب

قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا

فلو كان الموكل محبوسا فيظهر وجهه ان كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضي يخرجه من السجن ثم يعيده وان كان في حبس الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج الى الخصومة يقبل منه التوكيل **قوله** ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام فهذان شرطان للوكالة في الموكل قيل انما يستقيم الاول في قولهما اما في قوله فلا لانه لا يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها والمسلم لا يملكه فاشترط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به واجاب بعضهم بان المراد بملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمل الاتقاني ما هنا لذلك وهو خطأ اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد ان يملك ذلك البيع و او نحوه وعليه ما اذا قال بع عبدك هذا العبد او اشتر لي به عبدا صح التوكيل مع انه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو قال لغيره بعتك عبدي او اشتريت منك هذا العبد لا يجوز واجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة فانها تمنع في المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لافضائها الى المنازعة لا لذاتها ولذا لم تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر او شرائه وجهالة الوصف لا تفضي اليها في التوكيل لانه ليس بامر لازم بخلاف المباشرة للزومها ثم اذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل نفسه ولعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن او اقل مما يتغابن الناس فيه يجوز وان كان بما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة ولا يخفى ان قوله فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل نفسه ليس على الاطلاق لما عرف من مذهبنا في شراء احد العبدين او الثوبين او الثلاثة بخيار التعيين على ان يأخذ ايهما شاء البيع وسببه مذكور في خيار الشرط من الهداية واما الشرط الثاني وهو قوله ويلزمه الاحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل يملكه ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك فلا يصح توكيله الا ان يصح بحقيقة او دلالة كما سنذكره وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصح واورد على الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف فيملك تمليكه والجواب ان ملكه شرط جواز تمليكه لا علة ليلزم من وجوده الوجود فيجوز ان لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة **قوله** ويشترط اي آخره ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده اي يعقل معناه اي ما يلزم وجوده من انه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفي المشتري قلبها ويقصده لفائدته وقول بعضهم ان هذا الشرط احتراز عن الهزل يعني ان من شرط الوكالة ان لا يهزل الوكيل في البيع فاسد اذ لا تنافي بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع لو كان في بيع ما وكل ببيعه غاية ان

وإذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة وإن وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكليهما لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب

لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة أحدهما وإنما اشترط ذلك في الوكيل لأنه قائم مقام الموكل في العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارته إلا إذا كان يعقل ذلك وأما زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه لتمام وكده بأن يبيع بالغبن الفاحش فحينئذ ينبغي أن تصح الوكالة ويشترط في صحة بيع الوكيل أن يعرفه حتى يعرفه قوله وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز وأطلق في المأذون فيشمل كلا من العبد والصبي المأذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل للتصرف ولزوم الأحكام وعقلية الوكيل معنى العقد ولم يذكر العقل مع البلوغ لأن اشتراط العقل يعرفه كل أحد ومعلوم أيضا أن قوله مثلهما ليس لقيد بل مثلهما أو أعلى حالا منهما كتوكيل العبد المأذون حرا ودونهما كتوكيل الحر البالغ عبدا مأذونا قوله وإن وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما هذا الكلام له منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر ووجهه ما ذكره المصنف وأن الصبي أي العاقل من أهل العبارة حتى نفذ تصرفه بإذن وليه والعبد تصرف في حق نفسه مالك له وإنما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا من الموكل في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق بالعبد لحق السيد أنه لو أعتق بعد أن باشر الشراء لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا يرجع إليه وأما مفهومه فهو أن الوكيل لو كان صبيا مأذونا أو عبدا مأذونا تعلقت الحقوق لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيل في الذخيرة قال إن كان الوكيل صبيا مأذونا وكل بالبيع بثمن حال أو مؤجل فباع لزمته العهدة أو بالشراء إن كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي وذلك لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لأن ضمان الثمن ما يكون بدل الملك للضامن وإنما التزم بالأجل مع كونه استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي المأذون لا يلزمه ضمان الكفالة وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة والاستحسان تلزمه لأن للحبس ملكا حكميا في المشترى فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفيه كما لو اشتراه لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من أهل أن يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا لأنه بالحبس من الثمن لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكما فإنه لا يحبسه عن الموكل على الاستيفاء والعبد إذا توكل على هذا التفصيل بثمن ينعقد ثم اعلم أن الصبي والعبد المحجورين وإن لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب للعبد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال وإن سلم بالعقد قبض العاقد هو الوكيل فيصح قبضه وإن لم تتعلق بها الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط لو كان المأمور مرتدا جاز بيعه لأنه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة فإن أسلم كانت العهدة عليه وإلا فعلى الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا وشراء ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول في القاضي وأمينه في المفسوخ والمعقود انتهى كلام الشارح رحمه الله تعالى

خاتمة الحمد لله على ما وفقنا باختتام هذا الكتاب المستطاب للإمام الأنام شيخ الملة والإسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام روح الله روحه ونور ضريحه وافتتح علينا أبواب عنايته وفضله في تصحيح ومقابلته من النسخ الصحاح المتعددة المقروءة على العلماء المهرة والفضلاء الكملة الذين كانوا كلهم مجتهدين في نقد وسباحين في بحار المعقول والمنقول في شهر شوال سنة اثنين وتسعين بعد الألف والمائتين من الهجرة المقدسة لرسول الثقلين عليه أكمل الصلوة والسلام

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع الكتاب المبارك الكاشف لأسرار المجلد الثامن من الهداية الذي نيرت بزهوها سبل الأنوار الربعية المكاشف لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

المسمى

نتائج الافكار

تكملة

فتح القدير

مع الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين احمد الافندي القاضي ... اسكنه الله جنة دار السلام بتصحيح وحيد العصر فريد الدهر مولوي محمد عظيم حسين الكبير آبادي ...

في المطبع المشتهر بمطبع منشي نولكشور الواقع في لكهنؤ

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة لما فرغ من بيان احكام الشهادات بانواعها وما يتبعها من الرجوع فيها شرع في بيان احكام الوكالة والمناسبة ان كلا من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله ثم الله شهيد على ما يفعلون وقوله حسبنا الله ونعم الوكيل وما لان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانة في حقه وما لان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات كذا في النهاية قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى التعاضد والتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاوجب تاخيرها انتهى وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض ايضا كما اذا كان وكيلا بالبيع او الشراء مثلا انتهى اقول هذا سهو ظاهر لان التعاوض فيما ذكره من المثال انما هو في متعلق الوكالة اعني الموكل به وهو البيع او الشراء لا في نفس الوكالة والكلام فيها لا في الاول والا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة ايضا كما اذا شهد بالبيع او الشراء مثلا والصواب ان مراد صاحب العناية هو انه قد يكون في نفس الوكالة التعاوض كما اذا اخذ الوكيل الاجرة لاقامة الوكالة فانه غير ممنوع شرعا اذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل اقامتها فيجوز اخذ الاجرة فيها بخلاف الشهادة فانها فرض يجب على الشاهد اداؤها فلا يجوز فيها التعاوض اصلا ثم ان محاسن شرعية الوكالة ظاهرة اذ فيها قضاء حوائج المحتاجين الى مباشرة افعال لا يقدرون عليها بانفسهم قال الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة واقوياء وضعفاء وليس كل احد يرضى ان يباشر الاعمال بنفسه ولا كل احد يهتدي الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية الوكالة فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما لسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره ترفيها لاصحاب المروات ثم ان ههنا امورا يحتاج الى معرفتها تفسير الوكالة لغة وشرعا ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها اما التفسير لغة فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه واما شرعا فهي عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم واما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة لان ذلك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن اصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا والسنة وهي ما روي ان النبي صلى الله عليه

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره

ووكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقي ايضا ووكل عمر بن ام سلمة بالتزويج واما الاجماع فان الامة اجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه على ما سياتي في الكتاب واما سببها فتعلق البقاء المقدر بتعاطيها كما في سائر المعاملات واما ركنها فالالفاظ التي يثبت بها الوكالة كلفظ وكلت واشباهه روى بشر عن ابي يوسف رح اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع واما شرطها فان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام كما سياتي في الكتاب وستعرفه مشروحا واما صفتها فهي انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه واما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال اي القدوري في مختصره كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره هذه ضابطة تبين بها ما يجوز التوكيل به لا حد فلا يرد عليها ان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه لو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس على ما نصوا عليه والعجب ههنا ان صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث اجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بان العكس غير لازم وليس بمقصود قال في شرح هذا المقام هذه ضابطة تبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى فان العكس اذا لم يكن لازما ولا مقصودا في الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه الاول ان الوكيل جاز له ان يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والثاني ان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز والثالث ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له ان يوكل المسلم ببيعها واجيب عن الاول بان المراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك وعن الثاني بان محل العقد من شروطه لكون المحال مشروطا على ما عرف وذاك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد هذا بانه مقرر للنقض لا دافع ودفع بانه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم ونقض بالتوكيل بالشراء فانه جائز وما ذكرتم موجود فيه ودفع بان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه وقيل بل ما جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل ودفع بان ذاك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض هذا انتهاية ما في العناية اقول ولقائل ان يقول كما ان الامر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه في ملك الغير باطل فيلزم ان يكون الاستقراض بنفسه ايضا باطلا بناء على هذا وليس كذلك ثم اقول يمكن ان يدفع ذلك بان المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة واما المامور بالاستقراض فان تصرف في عبارة نفسه بان قال للمقرض مثلا اقرضني عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر فلا ان يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به وان تصرف في عبارة الآمر بان قال مثلا ان فلانا استقرض منك عشرة دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر ولكن المامور يصير في هذه الصورة رسولا لا وكيلا والباطل هو الوكالة في الاستقراض دون الرسالة فيه فان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الامر باعتبار العبارة كما نص عليه في الذخيرة بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكر منقوض بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة وسياتي تمامه ان شاء الله تعالى واجيب عن الثالث بان الذمي كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها ايضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم بها لمعنى في المسلم وهو انه مامور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك امرا عارضا في الوكيل والعوارض لا تقدح في القواعد حتى ان قال لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطؤها لا يرد عليها الحائض والمحرمة هذا زبدة ما في اكثر الشروح واجاب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال والذمي

لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رضـ

جائز له توكيل المسلم ولا يمتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك بل في جواز ان يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى وقال بعض الفضلاء وهذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض ايضا الا انه لما كان مخالفا لما يجيء من المصنف ره من ان التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح لذلك ايضا انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان ما ذكره صاحب العناية ههنا لا يكاد يكون جوابا عن النقض بالاستقراض لان المانع هناك في نفس التوكيل وهو بطلان الامر بالتصرف في ملك الغير والمانع ههنا على رأيه انما هو في التوكيل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فاين هذا من ذاك واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح ما ذكرناه من قبل وليس فيه شيء مناف لما يجيء من المصنف ره من ان التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن فلا وجه لدرج قوله المذكور في حيز الجواب الذي في قوله الا انه لما كان مخالفا لما يجيء من المصنف ره الخ ثم قال ذلك القائل بقي فيه بحث اذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ثم ليت شعري ما معنى جوازه انتهى اقول هذا ساقط جدا اذ لا يذهب على ذي مسكة ان الانكسار مطاوع الكسر فلا يتحقق احدهما بدون الآخر بخلاف التوكيل والتوكل فان التوكيل تفويض الامر الى الغير والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به ولا شك في جواز تحقق الاول بدون الثاني ثم لا ينبغي ان يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعد الا يرى الى صحة قولك خبرته فلم يخبر وصحة قولك نبهته فلم يتنبه وما اشبههما فمن ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا اشكال اصلا قال المصنف في تعليل جواز الوكالة فيما ذكر لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال بان كان مريضا او شيخا فانيا او رجلا ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه فيحتاج الى ان يوكل غيره فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص فيكون اي الانسان بسبيل منه اي من التوكيل دفعا لحاجته ونفيا للحرج واعترض على هذا بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المذكور ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى اقول وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع فانهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بان الوكالة ابدا اما للعجز او للترفه والظاهر ان ليس في صورة الترفه حاجة فتأمل وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء اي بشراء الاضحية حكيم بن حزام المكي ابا خالد ولد قبل الفيل بثلث عشرة سنة او باثنتي عشرة سنة على اختلاف الروايتين اسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلما وكان من وجوه قريش واشرافها وعاش في الجاهلية ستين سنة وفي الاسلام ستين سنة ومات بالمدينة في خلافة معاوية سنة اربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة كذا ذكر ابن شاهين في كتاب المعجم وقال الكرخي في اول كتاب الوكالة في مختصره حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا يعقوب الدورقي قال حدثنا عبد الرحمن بن مهدي عن سفيان عن ابي حصين عن شيخ من اهل المدينة عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له اضحية فاشترى له اضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى اضحية بدينار فجاء بالدينار والاضحية فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة وبالتزويج عمر بن ام سلمة اي وكله بتزويج ام سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الشروح قال صاحب غاية البيان وفي توكيل عمر بن ابي سلمة نظر لان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ام سلمة بعد وقعة بدر في سنة اثنتين كذا قال ابو عبيدة معمر بن المثنى وكان عمر بن ابي سلمة يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين قاله الواقدي ويكون على هذا الحساب سن عمر بن ام سلمة يوم تزوج ام سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل انتهى وقد سبقه الى هذا النظر ابن الجوزي حيث قال في هذا الحديث نظر لان عمر بن ام سلمة كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث سنين وكيف يقال لمثله زوج

قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضي الله عنه وكل فيها عقيلا وبعدما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكذا بإيفائها واستيفائها

بيانه أنه عليه السلام تزوجها في سنة أربع ومات عليه الصلاة والسلام ولم تتم تسع سنين انتهى وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قوله لأنه عليه السلام مات ولم
تتم تسع سنين بعيد مما كان قد قاله الكلاباذي وغيره وقال قال ابن عبد البر ولدته في سنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة ويقوي هذا ما أخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن
أبي سلمة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلاة والسلام سل هذه فأخبرته أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك فقال عمر
يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله إني لأتقاكم لله تعالى وأخشاكم وظاهر هذا أنه كان كبيرا أقول ظاهر قول
المصنف رحمه الله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على أن المراد به ذكر الدليل النقلي على قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل غيره
بعد أن ذكر دليلا عقليا عليه متفرعا على ذلك أن توكيل النبي صلى الله عليه وسلم في الأمرين المخصوصين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية
فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلي الذي بناه على دفع الحاجة بتوقع التوكيل عند الحاجة من النبي صلى الله عليه وسلم لا إقامة دليل مستقل
على الدعوى الكلية السابقة وكأنه من هذا قال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ ولم يقل ولأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ قال أي القدوري
في مختصره ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق أي في جميعها لما قدمنا من الحاجة يشير إلى قوله لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض
الأحوال فيحتاج أن يوكل غيره إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات تعليل بجريان ما قدمه ههنا قال صاحب غاية البيان أما التوكيل بالخصومة في
سائر الحقوق فإنما جاز لما روينا قبل هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء فإذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره لأنه عقد يجوز أن يتولاه الموكل بنفسه
فجاز أن يوكل غيره كالبيع ولأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز أن يوكل غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى أقول تعليله الثاني الذي هو مراد
المصنف بقوله لما قدمنا صحيح لا ريب فيه وأما تعليله الأول فغير صحيح لأن الكلام ههنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود وما ذكره في تعليله الأول إنما يمشي
في العقود دون الخصومات كذلك قال المصنف وقد صح أن عليا وكل عقيلا أي وكله في الخصومات وإنما كان يختار عقيلا لأنه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكي أن عليا رضي الله
عنه استقبله يوما ومعه عنز له فقال علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحمق فقال عقيل أما أنا وعنزي فعاقلان وبعدما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر
الطيار إما لأنه وقر عقيلا لكبر سنه أو لأنه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط أخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان
علي رضي الله عنه يكره الخصومة وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكلني وأخرج عن علي رضي الله عنه أنه كان وكل عبد الله
بن جعفر في الخصومة وقال الخصاف في أدب القاضي حدثنا معاذ بن أسد الخراساني قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحق عن جهم بن أبي الجهم
عن عبد الله بن جعفر أن عليا رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن لها قحما وإن الشياطين تحضرها فجعل علي رضي الله عنه الخصومة إلى عقيل فلما كبر ورق
حولها إلي فكان علي رضي الله عنه يقول ما قضي لوكيلي فلي وما قضي على وكيلي فعلي انتهى وقال الزمخشري في الفائق إن عليا رضي الله عنه وكل أخاه عقيلا
بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن لها قحما وإن الشياطين تحضرها أي مهالك وشدائد وقحم الطريق ما صعب
منه وشق على سالكه انتهى وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة وفيه دليل أيضا على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا ومذهب عامة
العلماء وصنيع علي رضي الله عنه وقال بعض العلماء الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم
على ذلك قال الله تعالى وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا
وأطعنا وجوابه أن تأويل الآية الرد من المنافق والإجابة من المؤمن اعتقادا كذا في شرح أدب القاضي وذكر في غاية البيان وكذا بإيفائها واستيفائها

الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته

اي ولذا يجوز الوكالة بايفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها اي باستيفاء الحدود والقصاص مع غيبة الموكل اي عن المجلس واما الوكالة بايفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا اي مع غيبة الموكل ومع حضوره ظاهر لان ايفاءها انما يكون بتسليم النفس او البدن لاقامة العقوبة الواجبة وذا لا يصح الا من الجاني اذ اقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح فلذلك اكتفى المص رح ببيان عدم صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل بل في تعليله لانها اي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وشبهة العفو ثابتة حال غيبته اي غيبة الموكل هذا الوجه مخصوص بالقصاص اذ الحدود لا تعفى عندنا فالمراد ان في القصاص ثبتت شبهة اخرى حال غيبة الموكل وهي شبهة العفو لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل هو الظاهر اي بل العفو هو الظاهر للندب الشرعي الى العفو كما قال تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفي القصاص خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه ولكنا نقول انه عقوبة تندرئ بالشبهات بخلاف سائر حقوقه فافترقا بخلاف غيبة الشاهد حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الظاهر عدم الرجوع يعني ان الشبهة في حق الشاهد هي الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل لا سيما في العدول فلم يعتبر مثل هاتيك الشبهة اقول يرد عليه ان الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود في ظاهر الرواية كما مر في كتاب الحدود ويقتضي ذلك اعتبار شبهة الرجوع في حق الشهود وههنا كلام الا ان يقال عدم استيفائه اذ ذاك لفوات الشرط وهو بداية الشهود بالرجم لا لمجرد شبهة الرجوع فتامل وبخلاف حالة الحضرة اي حضرة الموكل في المجلس حيث يستوفى ذلك عندها لانتفاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فان العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا يشتبه اقول لقائل ان يقول ان انتفاء الشبهة المعينة لا يقتضي انتفاء الشبهة مطلقا والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على ان شبهة العفو مخصوصة بالقصاص فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة في استيفاء الحدود اصلا ولما استشعر ان يقال اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء راسا اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء اما لقلة هدايته او لان قلبه لا يحتمل ذلك فلو منع عنه اي عن التوكيل بالاستيفاء ينسد باب الاستيفاء اصلا اي ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه قال المص رح وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال جمهور الشراح في تفسير كلام المص رح هذا اي جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص قول ابي حنيفة رحمه الله وقال الوافي في توجيه تفسيرهم اياه بهذا المعنى لانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي جميعها بايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءهما بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا الذي ارتكبوه في حل كلام المص رح ههنا تكلف بارد وتعسف شارد حيث جعلوا البعض الغير المعين في الكلام السابق بل الداخل في بحر كلية مشارا اليه بلفظ هذا الذي يشار به الى المحسوس المشاهد او الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد ثم ان ههنا المندوحة عن ذلك بحمل كلام المص رح على معنى ظاهر منه وهو ان هذا الذي ذكرناه صريحا فيما مر آنفا من قولنا ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة البينة اي قال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة بالخصومة في البعض من تلك الحقوق وهو اثبات الحدود والقصاص ايضا اي كما لا يجوز الوكالة بايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح يعني ان قول محمد رحمه الله مضطرب ذكره تارة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح ولكن الظاهر من تحرير المصنف ترجيح الاول كما لا يخفى على الفطن قال في الكافي بعد نقله وقول محمد رح مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة رح وقيل هذا الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في غيبته اي غيبة الموكل دون حضرته

لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه وله ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز
عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف
الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد
والقصاص وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر
وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام
فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

اي صوجا ئز في حضرته بالاتفاق لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فكانه فعل بنفسه وله اي لابي يوسف رح ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة الاحالة
وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب اي في باب الحدود والقصاص لانه مما يندرئ بالشبهات كما في الشهادة على الشهادة اي كالشبهة التي في الشهادة على
الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي الى القاضي وكما في الاستيفاء اي كالشبهة
التي في التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فانها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض اي لا حظ لها في الوجوب
ولا في الظهور لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق
اي بالحقوق القيام المقتضي وانتفاء المانع لان المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر لانا نقول الشبهة في الشرط لا تصلح
للمنع اذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانها يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف
المذكور التوكيل بالجواب من جانب من عليه اي من جانب من عليه الحد والقصاص فاجازه ابو حنيفة رح ومنعه ابو يوسف رح وقول محمد رح مضطرب قال
المصنف وكلام ابي حنيفة رح فيه اي في التوكيل بالجواب اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع يعني ان التوكيل بالجواب انما يكون للدفع ودفع الحد والقصاص
يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال فالشبهة التي ذكرت في دليل ابي يوسف رح على تقدير
كونها معتبرة لا تمنع ههنا غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه اي على موكله يعني لو اقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد او القصاص على موكله لم يقبل
اقراره استحسانا لما فيه اي في اقراره من شبهة عدم الامر فلم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات والقياس ان يقبل اقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في
الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رح وتوضيحه انا جعلنا التوكيل بالخصومة على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز
فاما في الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة فيما يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات كذا في المبسوط وذكر في كثير من
الشروح واعلم ان جواز التوكيل باثبات الحدود عند من جوزه انما هو في حد القذف وحد السرقة واما التوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لانه لا حق
فيهما لاحد من العباد وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان اجنبيا عنه لا يصلح توكيله به نص عليه في الكافي والتبيين وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة
سواء كان التوكيل من قبل الطالب او من قبل المطلوب الا برضى الخصم ويستوي فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب كذا في الشروح وفي النهاية
الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا يعني الا ان يكون الموكل معذورا بعذر المرض او السفر فحينئذ يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم
عنده ايضا وقالا يجوز التوكيل بغير رضى الخصم اي يجوز ذلك عندهما في جميع الاحوال سواء رضي الخصم ام لا وسواء كان الموكل معذورا ام لا وكان ابو يوسف رح
يقول اولا يقبل ذلك من النساء دون الرجال ثم رجع عن ذلك وقال يقبل من النساء والرجال جميعا وهو قول الشافعي رحمه الله ايضا وفي الخلاصة والفقيه
ابو الليث يفتي بقولهما وفي فتاوى قاضيخان وبه اخذ ابو القاسم الصفار وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح عندي ان القاضي اذا علم بالمدعي التعنت في اباء
التوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعي ليشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل وذكر
شمس الائمة الحلواني ان ذلك مفوض الى راي القاضي وهذا قريب من الاول انتهى قال المصنف ولا خلاف في الجواز اي لا خلاف بين ابي حنيفة رحمه الله
وبين صاحبيه والشافعي رحمهم الله في الجواز حتى انه اذا وكل برضى الخصم لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة انما الخلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل
من غير رضى الخصم هل يرتد برده ام لا فعنده يرتد فلا يلزم فعلى هذا التقرير يكون معنى قول القدوري قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم

ثم ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة

اي لا يلزم ذكر الجواز وارادة اللزوم لان الجواز من لوازم اللزوم فيجوز ذكر اللازم وارادة الملزوم كذا في الشروح وقد تصرف فيه صاحب الغاية تحريرا وايراد حيث قال فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم مجازا لقوله لم يلزم ذكر الجواز وارادة اللزوم فان الجواز لازم اللزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه ولكن ذلك ليس مجازا انتهى اقول الظاهر ان مراده تقويه لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بان ما ذكر ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ما ذكره السكاكي من ان الانتقال في المجاز من الملزوم الى اللازم وفي الكناية من اللازم الى الملزوم لكنه ليس بشيء اذ اولا فلان لفظ المجاز لم يذكر في تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التاويل المذكور بل يصح سواء كان بطريق المجاز او بطريق الكناية فكان مدار رد الزبور على لفظ زاد من عند نفسه في بيان التاويل المذكور واما ثانيا فلانهم حققوا ان الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم الى اللازم وردوا ما ذهب اليه السكاكي بان اللازم ما لم يكن ملزوما لم ينتقل منه الى الملزوم وجعلوا العمدة في الفرق بينهما جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازه فمع تجويز تحميل اللفظ بما نحن فيه مجازا بمعنى ثم لا بد منه وحاصله ثم قال صاحب الغاية والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله والخلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان هذا كلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بقوله ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ان معنى الاول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه فليس كذلك ان اذ لا شك ان معنى الاول من حيث الحقيقة نفي الجواز ومعنى الثاني نفي اللزوم ومعنى الاول يغاير نفي الثاني قطعا وان اراد بذلك ان الثاني هو المراد من الاول مجازا او كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة الى قوله والخلاف في الجواز الى المتبادر من الالفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر الى ذهن الناظر في مسئلتنا هذه ان يكون الخلاف في نفس الجواز فدفع المصنف ذلك بقوله والخلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم فهذا كلام لا غبار عليه ثم اعلم ان المصنف ليس باول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم بل سبقه الى ذلك كثير من المشائخ منهم الامام شمس الائمة السرخسي حيث قال في شرح ادب القاضي ان التوكيل عند ابي حنيفة رح بغير رضى الخصم صحيح ولكن للخصم ان يطالب الموكل بان يحضر ويجيب ومنهم الامام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف التوكيل بغير رضى الخصم لا يلزم وقال ابو يوسف رح ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى يلزم وذكر في المبسوط اليه اشار في ان رضى الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد اختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رحمه الله قال بعضهم رضى الخصم عنده ليس بشرط لصحة التوكيل بل هو شرط لزومه وقال بعضهم لا بل رضى الخصم عنده شرط صحة التوكيل وانما اختلفوا لاختلاف الفاظ الكتب ذكر في شفعة الاصل ان التوكيل بغير رضى الخصم باطل في قول ابي حنيفة وذكر في وكالة الاصل لا يقبل التوكيل بغير رضى الخصم عند ابي حنيفة رحمه الله والصحيح ان التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب الوكيل الا ان يكون الموكل مريضا مرضا لا يمكنه الحضور الى مجلس الحكم او غائبا مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى كذا ذكر في الذخيرة ايضا على ان ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان التوكيل تصرف في خالص حقه اي في خالص حق الموكل وهذا لانه اما ان يوكله بالخصومة او بالجواب وكلاهما من خالص حقه اما الخصومة فلانها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها واما الجواب فلانه اما انكار او اقرار وكل واحد منها خالص حق المدعى عليه واذا كان كذلك فلا يتوقف على رضى غيره فصار كالتوكيل بتقاضي الديون وقبضها وايفائها وله اي ولابي حنيفة رح ان الجواب مستحق على الخصم يعني ان الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه ولهذا يستحضره اي يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل ان يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما في الباب ان يكون التوكيل تصرفا في خالص حق الموكل لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير وههنا ليس كذلك اذ لا شك ان الناس متفاوتون في الخصومة اي من جهة الدعوى والاثبات ومن جهة الدفع والجواب فرب انسان يصور الباطل في صورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه وقد دل عليه

اي لا يلزم ذكر الجواز وارادة اللزوم [illegible] وقال [illegible] +

ولو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر
لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة

قوله عليه السلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من مال اخيه فلا يأخذه فانما اقطع له قطعة من نار ذكره في ادب القاضي
والاسرار ومعلوم انه لا يوكل عادة الا من هو الد واشد في الخصومات ليغلب على الخصم فلو قلنا بلزومه اي بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضى الخصم يتضرر به
اي يتضرر الخصم به فيتوقف على رضاه فصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما اي احد الشريكين يتخير الآخر اي يتخير الشريك الآخر بين امضاء الكتابة وفسخها فكان تصرف
احدهما موقوفا على رضى الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل ابي حنيفة رح ومعنى هذا الكلام
ان الحضور والجواب مستحق عليه بدليل ان القاضي يقطعه عن اشغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس يتفاوتون في هذا الجواب فرب انكار يكون اشد دفعا للمدعي من
انكار والظاهر ان الموكل انما يطلب من الوكيل ذلك الاشد فان الناس انما يقصدون من هذا التوكيل ان يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل ليدفع حق الخصم
عن الموكل وفيه اضرار بالخصم والاصل في هذا الباب ان يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون
رضاه انتهى كلامه وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية ايضا اقول فيه نظر لان اصل هذه المسألة عامة لصورة التوكيل من جانب
المدعي ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما نص عليه الشراح قاطبة في صدر هذه المسألة وصرح به في عامة كتب الفتاوى ايضا وفي تقرير الدليل المزبور
على الوجه الذي ذكره هؤلاء الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم فالحق ان يقرر بوجه يعم الصورتين معا كما ذكر
في شرحنا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة رح انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس [illegible]
والمستحق للغير لا يكون خالص حقه سلمنا خالص حقه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون في
الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه جعل ما ذكر في الكتاب من قبل ابي حنيفة رح دليلين احدهما منع لما ادعاه
الآخر وتسليمه له فيرد على الدليل الاول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا باحدى صورتي المسألة العامة المدعاة تأمل
فالوجه ان يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه في شرحنا لكن الانصاف ان تأثير المقدمة القائلة ان الجواب مستحق على
الخصم انما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتأمل بخلاف المريض والمسافر متصل بقوله الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا
والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك لان الجواب غير مستحق اي غير واجب عليهما اي على المريض والمسافر هنالك اي فيما اذا كان الموكل
مريضا ومسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من
حرج اقول ههنا شيء وهو ان ما ذكره المصنف ههنا من الفرق انما يفيد في صورة ان كان التوكيل من جانب المدعى عليه واما في صورة ان كان من جانب
المدعي فلا لان الجواب غير مستحق على المدعي سواء كان صحيحا مقيما او مريضا مسافرا فان الجواب انما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لا يجبر عليه
مع ان المسألة عامة للصورتين معا كما تحققته فكان ينبغي ان يزاد عليه ان يقال وان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وفوات التأخير اشد
من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيتحمل الادنى دون الاعلى وفي فتاوى قاضيخان [illegible] على ان الوكيل لو كان غائبا او في مدة السفر او
كان مريضا في المصر لا يقدر ان يمشي على قدميه الى باب القاضي كان له ان يوكل مدعيا كان او مدعى عليه وان كان لا يستطيع ان يمشي على قدميه ولكنه
يستطيع ان يمشي على ظهر دابة او ظهر انسان فان ازداد مرضه بذلك صح التوكيل وان كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف ايضا وقال بعضهم له
ان يوكل وهو الصحيح انتهى ثم كما يلزم التوكيل عنده اي عند ابي حنيفة رح من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة اذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رح يلزم التوكيل

مصلحته وفي فتاوى قاضيخان وكما يجوز للمسافر او في مدة السفر ان يوكل بغير رضى الخصم يجوز لمن اراد ان يخرج الى السفر لكن لا يصدق انه يريد السفر ولكن القاضي
ينظر الى زيه وعدة سفره او يسأل عمن يريد ان يخرج معه فيسأل عن رفقائه كما في فسخ الاجارة انتهى ولو كانت المرأة مخدرة اختلفت عبارات المشايخ في تفسير المخدرة (١٠)
فقال بعضهم هي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضي وقال الامام البزدوي هي التي لا يراها غير المحارم واما التي جلست على المنصة فرآها الاجانب
لا تكون مخدرة فاختار المصنف التفسير الاول حيث قال لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم فان هذه تكون مخدرة وان كانت برزة تجيء وتذهب اما قال الرازي
اراد به الامام ابا بكر الجصاص احمد بن علي الرازي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع واحكام القرآن واليه انتهت رياسة اصحاب ابي حنيفة
ببغداد بعد الشيخ ابي الحسن الكرخي وكانت ولادته سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة يلزم التوكيل اي يلزم التوكيل منها بلا رضى الخصم وبدون عذر المرض
والسفر لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها وهذا الاول فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة
الرجال في الحوائج يبعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الآخران على حلفها وكذا في المريضة اذا وجب عليها يمين لان النيابة لا تجري
في الايمان هكذا ذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وذكر فيه وان كان يبعث الى المخدرة والمريضة او الى المريض خليفة فيفصل الخصومة هناك يجوز لان
مجلس الخليفة كمجلسه كذا في معراج الدراية وغيره قال رضي الله عنه اي قال المصنف وهذا اي ما قاله الرازي شيء استحسنه المتأخرون. وفي فتاوى قاضيخان
ويجوز للمرأة المخدرة ان توكل وهي التي لم تخالط الرجال بكرا كانت او ثيبا كذا ذكره ابو بكر الرازي وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده ظاهر المذهب عن
ابي حنيفة رح انها كغير المخدرة في الاختلاف ايضا وعامة المشايخ اخذوا بما ذكره ابو بكر الرازي وعليه الفتوى انتهى قال اي القدوري في مختصره ومن شرط الوكالة
ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فاما على قول ابي حنيفة رح فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل
فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به ان يكون مالكا
للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وانما امتنع لعارض انتهى كذا في الكافي والكفاية والتبيين قال صاحب النهاية
في تفسير قوله ممن يملك التصرف اي ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به وقال قد ذكرنا في اوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة ان هذا القيد
وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا لذلك التصرف
الذي وكل الوكيل به فليس بشرط ثم قال فان قلت يشكل على ما ذكره في الكتاب ما ذكره في الذخيرة بقوله واذا قال الرجل لغيره خذ عبدي هذا وبعه بعبد او قال
اشتر لي به عبدا صح التوكيل بهذا وان لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف فان من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد او قال اشتريت منك بهذا العبد
عبدا لا يجوز قلت انما جاز ذلك في التوكيل ولم يجز في مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو ان الجهالة انما تمنع عن الجواز لافضائها الى المنازعة واذا
لم تؤد اليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام او شرائه ثم جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي الى المنازعة لان التوكيل ليس بامر لازم ولا كذلك
المباشرة لانها لازمة فتفضي الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه اقول في جوابه بحث لان الفارق المذكور فيه انما افاد صحة التوكيل
في مسألة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه في مثلها وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لان حاصله ان ما ذكر في الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق في
مسألة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ونشأ

لانها لا حضرة لا يمكنها ان تطوف بجميعها بالحبالها فلزم توكيلها قال رحمه الله ثم استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف

هذا التوهم انه جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب لكلمة من جنس التصرف انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف واجاب حيث قال لا يخفى عليك ان دخول كلمة من موقوله من يملك دون التصرف ولعل ان مراده ان المالك للتصرف المخصوص للتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فانا لا نسلم ان المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد الا يرى الى الحقوق المشتركة مالا كانت او غيره فان كل واحد من اصحابها يملك التصرف فيها تصرفا مخصوصا وان وصل مبلغهم في التعدد الى الالف مثلا اذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك ان كل واحد منهم يملك التصرف فيها بالسكنى او غيره ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة ادخال من حينئذ في من يملك فان ذلك انما يتوهم لو كانت كلمة من ههنا للتبعيض اما اذا كانت للتبيين كما هو الظاهر في المقام فيستقيم جدا كما لا يخفى ثم ان ما ذكره كله مبني على فهم ان يكون مراد صاحب العناية بكلمة من في قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول والظاهر ان مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف في قوله حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف اذ لو كان مراده زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل ان يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط فوجه الانسبية حينئذ ان الاسم المذكور من مبهمات المعارف على ما عرف في النحو ومن الفاظ العام على ما عرف في الاصول فيكون المراد به جنس المالك لا الفرد المعين منه ولا شك ان الذي يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ثم قال ذلك البعض ثم ان الانسبية تفوت في قوله ويقصده كما لا يخفى اقول هذا ايضا ليس بسديد فان قوله ويقصده وان لم يكن مقرونا بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكما فانه معطوف على ما هو في حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد في قوله ممن يعقل العقد ولا شك ان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله على ما تقرر في علم الادب فقد حصلت الانسبية المذكورة ههنا ايضا ثم ان حمل التصرف في قول القدوري ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذي وكل به مما سبق اليه صاحب غاية البيان حيث قال قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لو كان شرط الوكالة ان يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب ابي حنيفة رح لم يجز ان يوكل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها وهو جائز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم ان ليس الشرط على مذهبه بل الشرط عنده ان يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به ثم قال قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل ومن خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه ان الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل فالاول ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام والثاني ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ومعنى قوله ان يكون ممن يملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم عاقل بالغ له ولاية شرعية في جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته والشرط الآخر وهو ان يعقل العقد ويقصده حاصل في التوكيل ايضا وهو الذمي لانه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله الى هنا كلامه وتبعه عليه الشارح ابن الهمام حيث قال قيل انما يستقيم الشرط الاول على قولهما المخالف لقوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه واجاب بعضهم بان المراد بملكه التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع

ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل

انتهى كلامه اقول ما ذهب اليه صاحب العناية ههنا ليس بشيء اذ يتجه عليه انه خطأ بحمل ما ذكره ابن الهمام من ان الذي يعينه في توجيه المقام هو قوله المراد بملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه وهذا لا يقتضيه ان لا يصح توكيل الصبي المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبي المأذون على مذهبنا فقوله واما قوله بان يكون عاقلا بالغا فمستدرك من التوجيه ذكره لبيان المتصور بالشرطية المذكورة هو الاحتراز عن المجنون والصبي المحجور اما الصبي المأذون فلكونه بمنزلة البالغ في عامة التصرفات معلوم في محله فهو في حكم المستثنى ومن هذا ترى الفقهاء في كل مقام جعلوا العقل والبلوغ شرطا وقصدوا به الاحتراز عن الصبي والمجنون لم يستثنوا الصبي المأذون عنه صراحة ويلزمه الاحكام قيل هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك لان الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يلزمهما فلذلك لم يصح توكيلهما كذا في اكثر الشروح قال صاحب غاية البيان لا يقبل الثاني وهذا هو الاصح من الاول ولم يبين وجهه وقال صاحب العناية قوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فان اريد الاول فهو احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم يلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه احكام ذلك التصرف فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا انتقض بالوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ولا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل تعليل لاشتراط ما شرط اولا بكلمة ينبغي ان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال فلا بد ان يكون الموكل مالكا التصرف ليملكه من غيره وقال صاحب العناية ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه بالاهلية ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا كلام فيه ولا ينافيه ايضا جواز ثبوت شيء بامرين على البدل انتهى اقول في جوابه نظر لان كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل انما يتوهم في التوكيل بتصرف لا بعينه بان قال اصنع ما شئت او اعمل برأيك واما في التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذميا ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعا اذ الوكيل هناك انما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذي وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقا والا لصح له ان يتصرف هناك بهبة الخمر التي وكل ببيعها الذمي او يشتري بثمنها شيئا او نحو ذلك من جنس التصرفات وليس كذلك قطعا والحق عندي في الجواب هو ان الوكيل يملك التصرف الذي وكل به من جهة الموكل ويندفع النقض المذكور بحمل ما في الكتاب على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله الاصل فان بيع الخمر جائز للمسلم في الاصل وانما امتنع لعارض انتهى وقد ذكرنا كلا الوجهين في صدر الكتاب نقلا عن الكتب المعتبرة وقوله بان يعرف مثلا ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش وكذا ذكره مأذون الذخيرة وفي الكشف ثم العقل والجنون ويقصده اي يقصد العقد والمراد ان لا يكون هازلا فيه كذا رأي جمهور الشراح ورد عليهم الشارح ... بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع ولو كان في بيع او كل جهة غايته ان لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة تاج الشريعة ههنا حيث قال القصد ... بوقوع العقد عن الآخر حتى لو تصرف هازلا لا يقع عنه انتهى فتأمل.

يشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا وإذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة وإن وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل

فلا بد أن يكون من أهل العبارة وأهلية العبارة لا تكون إلا بالعقل والتمييز لأن كلام غير المميز كألحان الطيور حتى لو كان أي الوكيل صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا إذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بتصرفهما حكم قال صاحب العناية وهذا يشير إلى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب أن ذلك شرط وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه انتهى أقول فيه بحث لأنه إن أراد أن معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت أحد تفسيرين المذكورين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع إذ لا شك أن من لا يمارس العلم أصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم أن ما زاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين أو ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار غبن فاحش وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال أكثر أهل السوق وإن أراد أن معرفة عبارات أهل الشرع في الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم لكن لا يجدي ذلك شيئا إذ لا يخفى أن المراد بما ذكر في الكتب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الأول دون الثاني وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز هذا لفظ القدوري في مختصره وكان ينبغي أن يقيد بالعاقل أيضا لأن المجنون إذا وكل غيره لا يجوز وكأنه إنما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لأن غالب أحوال الإنسان أن يكون عاقلا أو بناء على أن اشتراط العقل مما يعرفه كل أحد وإنما أطلق المأذون ليشمل العبد والصبي المأذونين فإن توكيل كل واحد منهما غيره جائز كسائر تصرفاتهما ثم إن هذا غير منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون ألا يرى أن التعليل بقوله لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة يشمل الأوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية وعن هذا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية ولو قال كل منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله أو الحر البالغ انتهى وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام في هذا المقام حيث قال ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بالطريق الأولى أقول لا يذهب عليك أنه لا يجدي كثير طائل إذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل مهملا للكلام على أن قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة إذ لا أحد فوق الحر البالغ وإن وكل أي الحر البالغ والمأذون صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز خلافا للشافعي رحمه الله ولا يتعلق بهما الحقوق أي حقوق ما باشراه من العقد كالتقاضي ونحوه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه ويتعلق بموكلهما وإنما جاز توكيلهما عندنا لانعقاد ما صنعاه من جانب الموكل فظاهر لأن من جانب الوكيل فلما ذكره المصنف بقوله لأن الصبي من أهل العبارة ألا يرى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له أي للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص وإنما لا يملكه أي التصرف في حق المولى دفعا للضرر عنه والتوكيل ليس تصرفا في حقه أي في حق المولى لأن صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على أصل الحرية في حق صحة العبارة فإن صحتها بكونه آدميا إلا أنه لا يصح منهما أي من الصبي والعبد المحجور عليهما التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته أي أما الصبي المحجور عليه فلقصور أهليته بعدم البلوغ والعبد لحق سيده أي وأما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في ماليته فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى وإذا كان كذلك فتلزم أي العهدة الموكل لأنه أقرب الناس إليهما حيث انتفع بتصرفهما ويفهم من هذا التعليل أن العبد إذا عتق لزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق وأن الصبي إذا بلغ لم يلزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان قصور الأهلية حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلم يلزمه بعد البلوغ أيضا والفرق بينهما بهذا الوجه ما ذكر صريحا في المبسوط وشرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان ثم إن في تقييد الصبي والعبد بقوله محجورا عليه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تتعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الذخيرة وهو أن الصبي المأذون إذا وكل بالبيع

وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون او محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب **قال** والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب ويسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق

لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء فان وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن لانه لم يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن يفيد الملك ولا ملك للمشتري في هذا البيع فلذلك انما هذا التزام لا في [illegible] استوجب مثل ذلك على موكله فهذا في معنى الكفالة والصبي المأذون لم يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن من حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبس بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ذلك بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه لا يتمكن من الحبس الا يملك المشتري الا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لانه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى والجواب في العبد المأذون اذا وكل بالبيع والشراء على هذا التفصيل ثم ان الصبي والعبد المحجورين وان لم يتعلق بهما الحقوق فالمرجع في الثمن وتسليم المبيع اليهما لما ذكر في الكتاب من بعد فصل الشراء في التوكيل بعقد السلم حيث قال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد او محجور او مجنون الخ قيل المراد به من يجن ويفيق وقيل على حاشية نسخة الصبي والمحجور مقام مجنون قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين وفي الكافي للعلامة النسفي ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور فله خيار ان قوله مجنون تصحيف انتهى له خيار الفسخ اي للمشتري خيار الفسخ في هذه الصورة لانه اي لان المشتري دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد يعني ان المشتري ما رضي بالعقد الا على اعتقاد ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير لانه فات عنه وصف مرغوب فيه كما اذا عثر اي كما اذا اطلع على عيب اي على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا وفي ظاهر الرواية لا خيار للمشتري ولا للبائع ذكره تاج الشريعة قال اي القدوري في مختصره والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين وقال في بعض نسخه والعقد الذي يعقده الوكلاء اي جنس العقد كذا في غاية البيان كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اي يصح اضافته الى نفسه ويستغني عن اضافته الى الموكل كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل اقول هذه الكلية تنتقض بما اذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه فان حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وان كان العقد مما يضيفه الوكيل الى نفسه كما عرفته فيما مر وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل وبه قال مالك واحمد لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار اي صار الوكيل في هذا الضرب كالرسول بان قال رجل لآخر كن رسولي في بيع عبدي فان حقوق العقد تتعلق بالمرسل بلا خلاف والوكيل بالنكاح اي وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثاني فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل بالاتفاق كما سيجيء ولنا ان الوكيل هو العاقد يعني ان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة اي من حيث الحقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته اي وصحة عبارته انما هي اي وصحة كلامه لكونه آدميا له اهلية الايجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلا ولكن العقد الواقع منه له ولغيره سواء وفي الكافي فحقيقته تستدعي ان يكون الحكم بالتصرف واقعا له غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في الحقوق وكذا حكما اي وكذا الوكيل في هذا الضرب عاقد من حيث الحكم لانه اي الوكيل يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغنى عن ذلك اي عن اضافة العقد الى الموكل كالرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك اي اذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به اي تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل فيها اي فيكون الوكيل في هذا الضرب اصيلا في الحقوق قال في الكتاب اي قال القدوري في المختصر وقيل اي قال المصنف رح في الكافي [illegible] ويسلم المبيع اي يسلم الوكيل المبيع ويقبض الثمن اذا باع ويطالب بصيغة المجهول اي يطالب الوكيل بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع اي يقبض المبيع اذا اشترى ويخاصم في العيب ويخاصم فيه بفتح الصاد في الاول وكسرها في الثاني فالاول فيما اذا باع والثاني فيما اذا اشترى على الترتيب السابق [illegible]

ان الملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح قال المص ومسألة العبد تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى

لما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال يجب ان يعلم ان الحقوق نوعان حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل فالاول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشتري له والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور لكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الافعال لانه متبرع في العمل بل يوكل الموكل بهذه الافعال وسيأتي في كتاب المضاربة بعض هذا وان مات الوكيل فولاية هذه الافعال لورثته فان امتنعوا وكلوا الموكل وعندهم وعند الشافعي رح للموكل ولاية هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل او وارثه وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي ان يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن واخواتهما الى هنا كلامه والملك يثبت للموكل خلافة عنه اي عن الوكيل هذا هو جواب عما قال الشافعي رحمه الله ان الحقوق تابعة للحكم او تصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه تقريره ان الملك يثبت للموكل ابتداء لكن لا اصالة حتى يثبت له توابعه ايضا بل خلافة عن الوكيل ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل في ثبوت الملك اعتبارا للتوكيل السابق والحاصل ان الوكيل نائب عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك كالعبد يتهب ويصطاد فانه اذا اتهب اي قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء وخلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في المبسوط وتحقيق المسئلة ان تصرف الوكيل يتضمن جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته وعملا بهما لو وجه اولى من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارته والهيئة لبطل توكيل الموكل ولو اثبتناها للموكل لبطل عبارة الوكيل فاثبت الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه اشار المص بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فبقيت الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد بقبول الهبة والصدقة وليصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كذا في العناية ثم اعلم ان هذا المسلك طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا قال شمس الائمة السرخسي قول ابي طاهر اصح وقال المصنف ره هو الصحيح واحترز به عن طريقة ابي الحسن الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل اولا ثم ينتقل الى الموكل واليها ذهب بعض اصحابنا وهي اختيار الامام قاضيخان كما ذكره في التحرير وانما قال هو الصحيح لان الوكيل اذا اشترى منكوحته او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ثبت له الملك لما كان كذلك قال صاحب العناية ان نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقبتها فاجازه مولاها فانه تصير الامة مهرا للحرة ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذلك ههنا انتهى وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث انتهى اقول الجواب عن هذا النظر ظاهر اذ قد تقرر عندهم ان المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك ان الملك الكامل هو الملك المستقر فلا منافاة قال الصدر الشهيد ان القاضي ابا زيد خالفهما وقال الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق ووافق ابا طاهر في حق الحكم وهذا احسن كذا ذكر في الايضاح والفتاوى الصغرى قال رضي الله عنه اي قال المص وفي مسألة العبد تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى اراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده وان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه كذا في حاشية الشروح قال بعض الفضلاء والنص عليه قصور بل الظاهر بعموم الحوالة لما ذكره في فصل في البيع بقوله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ اقول الذي يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية في الكتاب انما هو الذي ذكره الشراح ههنا فان الوكيل اذا اشترى شيئا ثم اطلع على عيب فله ان يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل ثم بعد ذا ان بقي المبيع في يده يبقى حق الرد له وان

نافع

قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول ولان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال

فان لم يبق في يده بل كان سلمه الى الموكل ليسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فينبغي ان يرد على اذن الموكل لما لم يتم التفصيل ههنا كان ما يحتاج اليه هنا احاله المصنف على ما سيذكره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء وهو الذي يذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه وقبضه او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ فما لا اساس له بما نحن فيه فان حاصل ذلك انه اذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فان رده عليه بحجة كاملة يرده على الموكل وان رده عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه وهذا امر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجري بين الموكل والوكيل ولا شك ان المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد المسبب فانه لم يتسمه الشارح لما توهمه تلك القائل قال اي القدوري في مختصره وكل عقد يضيفه اي يضيفه الوكيل الى موكله وهو ضابطة الضرب الثاني اي كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الاضافة الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فرع عليه ذلك بقوله فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها اي تسليم المرأة الى زوجها لان الوكيل فيها اي في هذه العقود سفير محض اي معبر محض يحكي قول الموكل ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير الا يرى انه اي الوكيل لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل حيث ولو اضافه الى نفسه كان النكاح مثلا له اي للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة فما الكلام فيه فصار كالرسول يعني اذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه ولا شك ان الحكم في الرسالة يرجع الى المرسل دون الرسول وهذا اي كون الحقوق في هذا العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل هنا على ما هو دأب المصنف في كتابه هذا من انه يورد بعد ذكر دليل على معنى وهذا لان الشيخ ويريد به ذكر دليل آخر على المدعى بعدما ذكر دليلا دينا فههنا لما بين انه كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل لكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن اضافة العقد الى الموكل اراد ان يبين اللمية ايضا بقوله ولان الحكم فيها اي في هذه العقود لا يقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط اذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تقبل ذلك لانه اي لان السبب في هذه العقود اسقاط اي من قبيل الاسقاطات اما في غير النكاح فظاهر واما في النكاح فلان محل النكاح الانثى من بنات آدم وهن في الاصل خلقن احرارا والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك على من اتصف بها الا ان الشارع اثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النسل فكان في ذلك اسقاط لمعنى المالكية الذي كان ثابتا لهن بطريق الاصالة كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل كذا ذكر في الكافي واذا كان السبب في هذه العقود اسقاطا فيتلاشى اي فيضمحل فلا يتصور صدوره اي صدور السبب بطريق الاصالة من شخص وثبوت حكمه لغيره كما في الضرب الاول فكان سفيرا اي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا فان قلت ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا في الضرب الاول ان الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق وتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا بالعبارة وههنا اذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للاسقاط فاما ان يثبت الحكم للوكيل وينتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا والضرب الثاني وهو كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله من اخواته اي من افراده التي بينهن اخوة اي مشاركة في الحكم العتق على مال قوله والضرب الثاني مبتدأ موصوف وقوله من اخواته خبر مقدم لمبتدأ ثان هو قوله العتق على مال الجملة اعني المبتدأ الثاني مع خبره خبر للمبتدأ الاول فحاصل المعنى ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال قال بعض الفضلاء في تفسير كلام المصنف ههنا اي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني ومن اخواتها العتق على مال ثم قال انما فسرناه لان العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته اقول ما ذهب اليه على وهي مسكة ان التفسير الذي ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية اصلا فكيف يحمل المعنى عليه الا ان يكون العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته فانما ينافي اعتبار الاخوة بين الضرب الثاني ومشمولاته وليس ذلك من ضرورات كلام المصنف ههنا لانه يجوز ان يكون

والكتابة والصلح عن الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة

اضافة الاخوات الى ضمير الضرب الثاني لكونها من افراده ويكون التعبير عنها بالاخوات للتنبيه على مشاركتها في الحكم كما اشرنا اليه في تفسير قوله من اخواته نعم لتبادر من الاضافة اعتبار الاخوة بين المضاف والمضاف اليه كما في نظائره لكن قرينة المقام صارفة عنه الى ما قلنا فتدبر وانما الكتابة عطفت على العتق على مال داخل في حكم الكلام السابق وكذا قوله والصلح على الانكار وانما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لانها من الاسقاطات دون المعاوضات اما العتق على مال والكتابة فلان البدل فيهما بمقابلة ازالة الرق وفك الحجر واما الصلح على الانكار فلان البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة وافتداء اليمين في حق المدعى عليه فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول اراد بالصلح الذي هو جار مجرى البيع الصلح عن اقرار فيما اذا كان عن مال بمال فانه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع واما اذا كان الصلح عن دم العمد او كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثاني وان كان عن اقرار لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به في باب التبرع بالصلح والتوكيل به من كتاب الصلح اقول فبهذا ظهر ان ما وقع ههنا في الشروح من تفسير الصلح الذي هو جار مجرى البيع بالصلح عن اقرار من غير تقييد بما ذكرنا قصور في تعيين المرام وتحقيق المقام كيف ولو كان ذلك كافيا ههنا لما بدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا وتفسير هذا ما ذكره في الايضاح حيث قال ولو وكل وكيلا بان يهب عبده لفلان او يتصدق به عليه او يعيره اياه او يودعه اياه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امره فهو جائز على الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك الى يده ولان القبض في الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه لان احكام هذه العقود انما تثبت بالقبض فلا يجوز ان يكون الوكيل فيه اصيلا لانه اجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيرا او معبرا عن المالك انتهى واشار المصنف الى التعليل المذكور فيه ايضا بقوله لان الحكم فيها اي في العقود المذكورة يثبت بالقبض اي بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهما وانه اي القبض يلاقي محلا مملوكا للغير اي لغير الوكيل فالحكم ايضا يلاقي محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل فلا يجعل اي الوكيل اصيلا لكونه اجنبيا عن ذلك المحل بخلاف التصرفات التي تقوم بالقول ولا تتوقف على القبض كالبيع ونحوه فان الوكيل يجب ان يكون اصيلا فيها لانه اصل في التكلم وكلامه مملوك له قال صاحب العناية فقوله فلا يجعل اصيلا مقتضاه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويندفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها تنتقل الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض اولى لضعفها فيها انتهى اقول ما ذكره لا يشفي ولا يدفع اما الاول فلانه اذا ثبت ان الوكيل في هذه العقود لم يجعل اصيلا في الحكم ثبت ايضا ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل في هذه العقود اذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل في الضرب الاول ثبوت الحكم الذي هو الملك للموكل خلافة عن الوكيل وهذا انما يكون بان يجعل الوكيل اصيلا في الحكم فاذا لم يجعل في العقود المذكورة اصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها واما الثاني فلان الباعث على انتقال الحقوق الى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس الا كون السبب اسقاطا فيتلاشى والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الاسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الاولوية وان ضعف في العلية فان كان له مدخل فانما هو في حق نفس ثبوت الحكم لا في حق الانتقال قال وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس يعني اذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بان وكله بالاستيهاب او الاستعارة او الارتهان او غير ذلك يكون الوكيل سفيرا ايضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لانه يضيف العقد الى موكله وفي العناية اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل ويتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويندفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه انتهى وكذا الشركة والمضاربة يعني اذا وكل بعقد الشركة او المضاربة يكون الوكيل سفيرا ايضا ويتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل اذ لا بد له من اضافة العقد الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه يقع عنه لا عن

الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل

الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس حتى لا يثبت الملك للموكل وللوكيل ان يمنع الذي استقرض ما امر
ولو هلك هلك من ماله قال صاحب العناية واعلم اني اعيد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك
الآراء فان ظهر لك تمه فاحمد الله تعالى وان سنح ذهنك بخلافه فلا يلومن فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز ورد بالتوكيل
بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه لا يصح محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب
بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه يصح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمه بدل على المتهب والمستعير فيجعل
محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محلهما فيهما عبارة الموكل فانها تتصرف فيه بجعلها
موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة
صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيها بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا في الاستقراض وفيه بدل معتبر في
الايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد والله اعلم بالصواب الى هنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا
فلان الدليل الذي ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكره في صدر كتاب الوكالة ليس بتام
عندي لان التصرف في ملك الغير والامر به انما لا يجوز لو كان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير او امر بغصبه واما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا
الا يرى ان المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذي هو ملك المقرض ويتصرف فيه وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك المعير ويستعمله ولا خلاف لاحد في
جواز ذلك والظاهر ان التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف في ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغي ان يجوز ايضا واما ثانيا فلان
ما ذكره في الرد بالتوكيل بالشراء من انه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح اذ لا نسلم ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع بل هو امر بايجاد العقد وقبض
المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الامر بالشراء امرا بقبض المبيع سلمنا ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع ايضا لكنه امر به بعد ايجاد العقد
كما لا يخفى والمبيع بعد ايجاد العقد ملك المشتري لا ملك الغير بخلاف الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما صرحوا به
في تتمة النقض بالتوكيل بالشراء ان يقال انه امر بتملك المبيع الذي هو ملك الغير كما ذكر في الذخيرة وغيرها واما ثالثا فلانه ان اراد بقوله في الجواب عن النقض
المذكور ان محله هو الثمن في ذمة الموكل ان محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لان نفس الثمن انما هو محل التوكيل بايفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء
لا محل التوكيل بالشراء نفسه وان اراد بذلك ان محله هو ايجاب الثمن في ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله في ذمة الموكل ولم يصرح به في الذخيرة وغيرها
فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الايراد الآتي فان مساغ ان يقال ان محله في الاستقراض ايضا ايجاب البدل في ذمة الموكل لا يتيسر الجواب عنه بانه
محل ايفاء القرض لان محل ايفائه هو نفس البدل لا ايجابه في ذمة الموكل بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر في الذخيرة وغيرها من ان البدل في باب القرض انما يجب
في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر بالقبض اولا حتى يستقيم الامر بايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح لكونه تصرفا في ملك
الغير واما رابعا فلان قوله في الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما
محلهما فيهما عبارة الموكل غير تام فانه ان قال الوكيل بالاستعارة ان فلانا ارسلني اليك يستعير منك كذا او قال الوكيل بالاتهاب ان فلانا ارسلني اليك يتهب
منك كذا فانما في هذه الصورة كان متصرفا في عبارة الموكل لكن ما اخرج الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل اخرجه مخرج الرسالة والكلام هنا في حكم الوكالة

علاوة الرسالة فيه قال وان طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز

فان الرسالة صحيحة في الاستقراض ايضا حتى ان الوكيل بالاستقراض لو اخرج كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا ارسلني اليك يستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيرها وان قال الوكيل بالاستعارة استعير منك كذا لفلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب اتهب منك كذا لفلان الموكل فاستعار او اتهب فالصورة جرتا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين في عبارة الموكل اصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما بل تكلما بكلام انفسهما الا انهما اضافا العقد الى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني فلا يتمشى القول بان محل التوكيل فيهما عبارة الموكل على ان ذلك القول منه مخالف صريح ما ذكر في الذخيرة وما صرح به كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من ان الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل وان كان خامسا فلان قوله فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن محل يلزم في الذمة الخ ليس بشيء لان اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه انما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات واما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا، والذي فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية ههنا وايضا استحالة اجتماع الاصل والخلف انما يقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفا عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقا فلم لا يجوز ان تعتبر محلا للتوكيل في الاستقراض ايضا لضرورة صحة العقد وان لم تجعل خلفا عن محل الا ترى انها اعتبرت محلا للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه فتامل وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم في بيان بطلان اقراض الوكيل ان العبارة للوكيل والمحل الذي امره بالتصرف ملك الغير فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل قلت هذا الذي قال مبطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع ان الموكل امره بالتصرف في ملك الغير وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل بل معناه ان الوكيل بالاستقراض اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال ارسلني فلان اليك يستقرض كذا فحينئذ يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل ان يمنع الموكل عنه فافهم ففيه غنى عن تطويل لا طائل تحته انتهى كلامه اقول وفيه بحث اذ لا شك ان معنى قول المصنف وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس ان الوكيل ههنا سفير ايضا لا يتعلق الحقوق به بل بموكله لاضافة العقد الى موكله دون نفسه فان قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح فلو كان معنى كلام المصنف ههنا ما فهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى اذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فان كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك اذا اضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل يبطل الوكالة ويكون ما اخذه لنفسه لا لموكله لان هذه الصور كلها من الضرب الثاني ومن شرط هذا الضرب ان يضيف الوكيل العقد الى موكله فاذا انتفى بطلت الوكالة قطعا ولعمري ان هذا الشارح قد سقط ههنا عن سقطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى حتى افسد معنى كلام المصنف بالكلية قال المصنف رحمه الله بخلاف الرسالة فيه اي في الاستقراض فانها تصح قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما اذا استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض اي المرسل وقال الامام الزيلعي في التبيين وعن ابي يوسف رحمه الله ان التوكيل بالاستقراض جائز قال اي القدوري في مختصره واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه اي فللمشتري ان يمنع الثمن من الموكل لانه اي الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق تعود الى العاقد في البيع وامثاله ولهذا اذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح وان نهاه الموكل عن ذلك لا يصح واذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذن الوكيل فان دفعه اليه اي ان دفع المشتري الثمن الى الموكل جاز يعني ومع ذلك له [illegible]

ولم يكن للوكيل ان يطالبه بما يأ لان نفس الثمن المقبوض حقه تدا وصل اليه فلا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

الثمن الى الموكل جاز فحل اليه استحسانا انا في قوله فان دفعه متعلقه للسبب ولكن لو بدلت بالواو لكان احسن كما لا يخفى ولم يكن للوكيل ان يطالبه اي بالثمن ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه اي حق الموكل وانما كانت مطالبة حق الوكيل لحق الموكل وقد وصل اليه اي وقد وصل حق الموكل الى نفسه فلا فائدة في الاخذ منه اي من الموكل ثم في الدفع اليه اي الى الوكيل واعلم ان هذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع في الصرف بالقبض وكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل اشير الى هذا في الذخيرة وذكر في الشروح ولهذا اي ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل لشيء من الثمن وهذا لان المقاصة ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرأ جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بابراء الموكل ولم يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذا هذا ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء آخر فان الوكيل يقضيه للموكل ولو جعلنا قصاصا بدين الموكل لم نحتج الى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل تقصيرا للمسافة فقد اثبتنا حكما اجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع ولو جعلنا قصاصا بدين الوكيل لاثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه اولى كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ولما اشتهر ان يقال المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده اجاب بقوله وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه اي الوكيل يملك الابراء عنه اي عن المشتري عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني انه انما يقع المقاصة بدين الوكيل وحده لعلة ان الوكيل يملك الابراء بغير عوض عن المشتري عندهما فيملك المقاصة ايضا لانها ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض لكن يضمنه اي ولكن الوكيل يضمنه الثمن للموكل في الفصلين اي في فصل الابراء والمقاصة بخلاف الابراء فانه لا يضمن لاحد في شيء من الفصلين فافترقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز ابراء الوكيل استحسانا لان الثمن في ذمة المشتري ملك الموكل فابراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف امره فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري وحجة ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا ترى ان الموكل لا يمنعه عن ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه ثم انه لما اسقط حق القبض بالسد على الموكل باب الاستيفاء او ليس له حق القبض فصار ضامنا له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه كذا في المبسوط فان قيل ينبغي ان لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لانه خالف الموكل لانه انما وكله ببيع يصل اليه ثمنه وههنا لا يصل قلت ان لم يصل اليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الامر عندهم جميعا لان الآمر يملك ابراء المشتري عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الابراء بعوض بطريق الاولى كذا في الذخيرة

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات كذا في الشروح اقول هذا الذي ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جدا بل امر وهمي لا تحقيق لان الشراء كما ينبئ عن اثبات الملك في المبيع ينبئ ايضا عن ازالة الملك عن الثمن وان البيع كما ينبئ عن ازالة الملك عن المبيع ينبئ ايضا عن اثبات الملك في الثمن ومن هذا قالوا ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع عكسه فهما سيان في الانباء عن الاثبات والازالة وان وجه بان الاصل في العقد السابق هو المبيع فيكتفي بانباء الشراء عن الاثبات والبيع عن الازالة بالنظر اليه قلنا لا شك ان ثبوت ملك المشتري في المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته

عسى والا يلزم ان يجتمع في كل مبيع في ان واحد هو قبيل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشتري ولا يخفى بطلانه فتعين ان ثبوت الملك وزواله في البيع والشراء انما يتحققان معا بالنسبة الى الشخصين واما تفضية كون الازالة بعد الاثبات فانما يجري في كل واحد بالنسبة الى شخص واحد فهي بمعزل عما نحن فيه ثم الاظهر ان الوجه في تقديم فصل الشراء على فصل البيع ههنا هو الوجه في تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر ابواب الوكالة من كونه اكثر وقوعا وامس حاجة فان اكثر الناس يوكل الآخر بالشراء في ماكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الامور المهمة التي قلما يخلو الانسان في اوقات من الاحتياج اليها وقلما يقدر على ان يتولى شراها بنفسه بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى قال اي القدوري في مختصره ومن وكل رجلا بشراء شيء اي شيء غير معين لان في المعين لا يحتاج الى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح فلا بد من تسمية جنسه كالعبد والجارية وان العبد جنس عند اهل الشرع وكذا الجارية باعتبار اختلاف الاحكام وصفته اي نوعه على ما سيأتي في كلام المصنف ره كالتركي والسندي قال صاحب العناية فيحتاج الى تعريف الجنس والنوع فقيل الجنس هو ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وذكر في الفوائد الظهيرية محالا الى اهل المنطق الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لم يات بشيء يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع ههنا لان الذي ذكره اولا لا حاصل له بل هو امر مبهم متناول لامور كثيرة غير مراد بالجنس والنوع ههنا قطعا والذي ذكره ثانيا لا يليق مراد الفقهاء ويشهد به لكن قطعا ما ذكروه من امثلة الجنس والنوع وقال صاحب النهاية واراد بالجنس النوع لا مصطلح اهل المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالعدد في جواب ما هو واما مصطلح اهل النحو وهو ما علق على شيء وعلى كل ما اشبهه ويجوز ان يريد بالجنس ما يندرج تحته اشخاص وقد مر بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى اقول كل واحد من المعاني الثلثة التي جوز كونها مرادة بالجنس ههنا منظور فيه اما الاول فلانه ان اراد بالنوع في قوله وان اراد بالجنس النوع النوع المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان من الاجناس الشرعية ما ليس بنوع عند اهل المنطق كالعبد والجارية فانهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من اصناف نوع الانسان وان اراد بذلك النوع اللغوي بمعنى القسم يلزم ان يدخل فيه جميع الانواع الشرعية بل اصنافها ايضا فان كل واحد منها قسم مما هو الاعم منه فلا يتميز الجنس الشرعي عن النوع الشرعي وما دونه فيختل معنى المقام واما الثاني فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح اهل النحو اسم الجنس وهو ما علق على شيء لا بعينه كما ذكره في باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الاجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق فان كل واحد منها مما يجمع الاجناس الشرعية كما صرحوا به ويصدق ايضا على ما تحت الاجناس الشرعية من الانواع الشرعية وما دونها فلا يتميز الجنس الشرعي حينئذ من غيره فيختل معنى المقام واما الثالث فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح الحكماء يؤول في الجنس على النقل عن ابي علي بن سينا يصدق على كل مفهوم كلي يندرج تحته اشخاص فيعم ما فوق الاجناس الشرعية وما تحتها من الانواع الشرعية واصنافها فلا يتميز الجنس الشرعي من غيره حينئذ ايضا فيختل معنى المقام وقال صاحب العناية والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والسندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاحهم اوليكن بالنوع الصنف انتهى اقول لا يخفى على العارف بالفقه ان ما ذكره صاحب العناية اقرب الى ضبط ما هو المراد من الجنس والنوع عند اهل الشرع لكن فيه ايضا اشكال لانه ان اراد بالصنف في قوله والمراد بالنوع الصنف الصنف المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان الحمار نوع عند اهل الشرع على ما سيجيء في الكتاب مع انه ليس بصنف منطقي بل هو نوع عند اهل المنطق ايضا وان اراد بالصنف

او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلاً والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناساً او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنساً يجمع انواعاً لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله

اللغوي بمعنى الضرب والقسم يرد عليه ان الرقيق مثلاً صنف بهذا المعنى لانه ضرب من الانسان وليس بنوع عند اهل الشرع بل هو عندهم مما يجمع الاجناس الشرعية كالعبد والجارية على ما صرحوا به وان العبد والجارية مثلاً صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه قوله او جنسه ومبلغ ثمنه اي او تسمية جنسه ومقدار ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الائتمار اي فيمكن الوكيل الامتثال لامر الموكل فان ذكر الجنس مجرداً عن الصفة او الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الاتيان بما امر الموكل به فان قيل يرد على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوماً بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس مطلق الشراء بل شراء نوع من جنسه واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه كذا في العناية اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع كيف ومعنى الدليل المذكور انه لو لم يسم الموكل صفة شيء من نوعه مع جنسه او مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل به معلوماً فلم يمكن للوكيل الائتمار بامره وعلى هذا لا يتحقق ان يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين خلاف المقدر وان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع ما من انواع جنس فهو مسلم لكن يرد عليه الاعتراض بان الفعل الموكل به حينئذ معلوم وهو شراء نوع ما من جنس فان اشترى الوكيل اي نوع كان من انواع ذلك الجنس يصير مؤتمراً بامره ويمكن الجواب بان الفعل الموكل به حينئذ وان كان شراء نوع مطلق من جنس نظراً الى ظاهر لفظ الموكل الا انه يجوز ان يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس فاذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل الائتمار بامره على وفق مراده فمعنى كلام المص ليصير الفعل الموكل به معلوماً على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الائتمار بامره على وفق ذلك ويرشد اليه قوله فيما سيأتي فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة قوله الا ان يوكله وكالة عامة استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه يعني اذا وكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت فلا يحتاج الى ذكر شيء منها لانه اي الموكل في هذه الصورة فوض الامر الى رأيه اي الى رأي الوكيل فاي شيء يشتريه يكون ممتثلاً لامر الموكل فنقول اعلم ان الجهالة ثلثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه ولنا انه عليه الصلوة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولم يبين صفتها ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فتتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحساناً وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد او بشراء امة او دار فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقاً بجهالة النوع وان لم يبين الثمن او النوع لا يصح ويلتحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال كذا ذكره في الكافي اخذاً من المبسوط والجوامع فاراد المص ان يشير الى هذه الانواع الثلثة من الجهالة وان يبين حكم كل واحد منها في باب الوكالة فقال والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً هذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة وانما قيد بالاستحسان لان القياس ان لا تتحمل الجهالة في الوكالة وان قلت بناء على ان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء الا يرى انما يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه وجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط يعني اشتراط بيان الوصف او اشتراط عدم الجهالة اليسيرة بعض الحرج وهو مدفوع شرعاً بالنص ثم ان كان اللفظ اي لفظ الموكل يجمع اجناساً كالدابة والثوب او ما هو في معنى الاجناس كالدار والرقيق لا يصح التوكيل وان بين الثمن هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة وانما كان الحكم فيها كذلك لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس اي يوجد فرد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة فالوكيل لا يقدر على الامتثال وان كان اي اللفظ جنساً يجمع انواعاً كالعبد والامة لا يصح اي التوكيل الا ببيان الثمن او النوع هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وانما كان الحكم فيها كذلك لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال اي امتثال امر الآمر مثاله اي مثال هذا النوع

إلا أن وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعا فإن بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد جاز وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين صفة الجودة والرداءة والسطة جاز لأنه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه

من أنواع الجهالة وإنما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لأن مثال ذينك النوعين سيأتي في أثناء مسألة الجامع الصغير بخلاف هذا النوع فهذا سر تفرد بيانه (إذا وكله) أي إذا وكل رجل رجلا (بشراء عبد أو جارية لا يصح) أي لا يصح التوكيل بمجرده (لأنه) أي لأن هذا اللفظ يعني لفظ عبد وجارية (يشمل أنواعا) فلا يدرى المراد (فإن بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد) وفي المغرب المولدة التي ولدت ببلاد الإسلام (جاز) أي التوكيل (وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه) أراد به قوله لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشايخ إن كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة (ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة وهي الجودة والرداءة والسطة) أي الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والصلة مع الوصل في أن الثاني آخرها عوضت عن الواو الساقطة من أوله التي في المصدر والفعل من حد ضرب (جاز) أي التوكيل (لأنه) أي هذا القدر من الجهالة (جهالة مستدركة) أي يسيرة فلا يبالي بها (ومراده) أي مراد القدوري (من الصفة المذكورة في الكتاب) أي في مختصره (النوع) ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشايخ (وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) أي وإن بين الثمن كما ذكر فيما مر ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال رجل أمر رجلا أن يشتري له ثوبا أو دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه (فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا) يعني أن لفظ الدابة سواء حمل على اللغة أو على العرف فقد جمع أجناسا وكانت الجهالة فيه فاحشة (وكذا الثوب) أي هو أيضا يجمع أجناسا (لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء) أي من الأعلى إلى الأدنى وكانت الجهالة فيه فاحشة (ولهذا لا يصح تسميته) أي تسمية الثوب (مهرا) فإن الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر أيضا (وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس) يعني الدار وإن لم تجمع أجناسا حقيقة إلا أنها تجمع ما هو في معنى الأجناس (لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال) أي تعذر امتثال الأمر لشراء الأشياء المذكورة لتفاحش الجهالة (وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) أي التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير (قال) أي المصنف (معناه نوعه) يعني معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار نوعه (وحينئذ يلتحق بجهالة النوع وهي جهالة يسيرة لا تمنع صحة الوكالة كما مر) قال صاحب النهاية وتقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه وإن وكله بأن يشتري له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ثم قال وإن سمى الثمن جاز لأن بتسمية الثمن تصير معلومة عادة وإن بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشايخنا يقولون في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحلة انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما دأبه في أكثر المواضع وأنا أقول في تحقيق المقام إنما حمل المصنف رحمه الله الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير في هذه المسألة على النوع لتلخيص معنى المقام فإنه لو أجري الجنس ههنا على معناه الظاهري كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر إلى مسألة الدار ومخلا بالنظر إلى مسألة الثوب أما الأول فلأن الموكل إذا سمى ثمن الدار يعلم هناك وصفه جنسا إذ لا مدخل لوصف الجنس في رفع الجهالة وإنما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن أو ببيان النوع كما تقرر فيما قبل وأما الثاني فلأن الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى إن وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ولا صحة له على تقدير أن كان الجنس يجري على معناه الظاهري لأن الثوب من قبيل ما يجمع أجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهي لا ترتفع وإن بين الثمن فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس وأما إذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى في مسألة الثوب باعتبار أن ببيان النوع ترتفع الجهالة التي تمنع صحة الوكالة قطعا وإنما يبقى الكلام في مسألة الدار فإنها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع مع أن تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط بل في رواية عامة الكتب فيصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب لكن في نوع الدار تعيين ليس بعزيز في المسائل الشرعية فيجوز أن يكون الأمر ههنا أيضا كذلك فيكون مدار رواية الجامع الصغير على أن الجهالة في الدار فاحشة كما بينه المصنف ومدار رواية تلك الكتب

وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق

على ان الجهالة فيها متوسطة كما مر حواشيه وانا ان جعلنا وصف النوع في حق الدار بيان المحلة صار ما ذكر في الجامع الصغير مبينا لما ذكره المتاخرون من مشائخنا وكان موافقا لما ذكر في كثير من الكتب قال قال المصنف رح وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه اي صح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وان لم يبين الثمن وبه صرح في المبسوط لان الجنس صار معلوما بتسمية النوع وانما تثبت الجهالة بالصفة فيصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل الحمير انواع منها ما يصلح للركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا اختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي او الوالي اذا امر انسانا بشراء حمار ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشترى مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز عليه بخلاف العامر والفاليزي بذلك كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح اقول بقي ههنا كلام وهو ان ما ذكره المصنف رح ههنا مخالف لما ذكره في باب المهر في مسئلة التزوج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان تزوجها على فرس او حمار انتهى فقد جعل الحمار هناك جنسا وههنا نوعا والتوجيه الذي ذكره صاحب العناية هناك من ان المراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح اهل المنطق ليس بجيد اذ قد صرح المصنف رح ههنا بان الحمار نوع ولا شك ان مراده بالنوع ههنا ما هو مصطلح الفقهاء والا لزم بيان ثمن الحمار ايضا وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء ايضا قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها وانما قيد بدفع الدراهم الى آخره لانه اذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما لم يجز على الآمر لانه لم يبين له المقدار وجهالة المقدار في الكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له كذا في الكافي وغيره وما ذكر في الكتاب استحسان والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة اي لحقيقة الطعام كما في اليمين على الاكل يعني اذا حلف لا يأكل طعاما يحنث باكل اي طعام كان اذ الطعام اسم لما يطعم بحسب الحقيقة اذ وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح بالاعتبار من الحقيقة وهو اي العرف على ما ذكرناه وهي على الحنطة ودقيقها اذا ذكر اي الطعام مقرونا بالبيع والشراء يعني ان العرف في شراء الطعام انما يقع على الحنطة ودقيقها وبائع الطعام عند الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا في المبسوط وقال في الكافي ولهذا الوحاف لا يشتري طعاما لا يحنث الا بشري البر ودقيقه ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع اي فبقي الطعام في حق الاكل على الوضع والحقيقة ولهذا يحنث في اليمين على الاكل باكل اي مطعوم كان قالوا هذا الذي ذكر في شراء الطعام من انصرافه الى الحنطة ودقيقها انما هو عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام واما في عرف غيرهم فينصرف الى شراء كل مطعوم قال بعض مشائخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وغيرها وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق هذا الظاهر يدل على ان ما ذكره اولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الذي ذكره ثانيا وعبر عنه بقيل مخالف للاول وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني كما ذكره الصدر الشهيد في اول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير ونقله الامام الاسبيجابي في فتاواه الى شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده ولكن قال صاحب النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول والية اشار في المبسوط والذخيرة فقال في المبسوط بعد ذكر ما قلنا ثم ان قلت الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها خبزا لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة وذكر في الذخيرة واذا وكل رجلا بان يشتري له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها ويحكم الدراهم في تعيين احد هذه الاشياء ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشترى بمثلها في العرف الا الخبز فالتوكيل ينصرف الى الخبز الى آخره ثم قال قال القدوري اذا كان الرجل عنده ...

قال وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لأنه من حقوق العقد وهي كلها إليه فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه لأنه انتهى حكم الوكالة ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره

ولينه ليعلم أن مراده من التوكيل الخبز وإن كثرت الدراهم فإذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر إلى هنا كلام صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل رأي صاحب النهاية ههنا من أن المعتبر بقيل غير مخالف للأول بل هو أصل فيه وأقول في تحقيق ذلك العرف يعرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم إلى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وتوسطها تعين أفرادا من العرف وقد يعرض ما يترجح به ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك انتهى وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال نسبة هذا الكلام إلى نفسه عجيب فإن صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة ولا يذهب عليك أن ما ذكره بقوله وأقول الخ هو ما في الذخيرة بعينه انتهى وأقول لا يذهب على المتأمل في كلام صاحب العناية أن نسبته إلى نفسه ليست بمحل التعجب لأنه أراد بيان وجه ما ذكر أولا من أصل المسألة وبيان طريق دخول ما ذكرنا ثانيا بقيل في الأول وبيان التوفيق بين ما ذكره القدوري وبين ما ذكره ههنا بقيل وفي الذخيرة تحكيم الدراهم وقصد إفادة هذه المعاني الثلاثة بكلام موجز جامع فقال العرف يعرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم إلى الحنطة ودقيقها إفادة للمعنى الأول وقال والدراهم بقلتها وكثرتها وتوسطها تعين أفرادا من العرف إفادة للمعنى الثاني وقال ويعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حمل عليه الخ إفادة للمعنى الثالث ولا يخفى أن هذا المجموع سيما هذا التركيب والترتيب ليس بعين ما ذكر في الذخيرة ولا في غيرها وإن كان مما يفهم من كلماتهم المتفرقة فلا عذر في أن يعده تحقيقا وينسبه إلى نفسه ثم أقول بقي ههنا إشكال وهو أن المذكور في مسألة الكتاب أن التوكيل بشراء الطعام يقع على الحنطة ودقيقها ولم يذكر فيها الخبز وكذا في مسألة المبسوط والمذكور في التحقيق المزبور أن العرف يعرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم إلى الحنطة ودقيقها بدون ذكر الخبز فكيف يتم القول بأن ما ذكرنا ثانيا بقيل داخل في الأول وقد ذكر فيه الخبز أيضا دون الأول وكيف يصح ما ذكر في التحقيق المزبور من أن الدراهم بقلتها وكثرتها وتوسطها تعين أفرادا من العرف والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ما ذكر فيه لا يقال يجوز أن يدرج الخبز في الحنطة ودقيقها المذكورين أو أن يدخل في حكمهما فيكتفي بذكرهما عن ذكره لأنا نقول لا مجال لشيء من ذلك لأنهم جعلوا الخبز قسيما للحنطة ودقيقها في الذكر والحكم حيث قالوا إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة وإن قلت فعلى الخبز وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فأنى يتيسر ذلك نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها في الذخيرة في أصل المسألة وبيان تحكيم الدراهم كما مر تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية فيرتفع الإشكال ولكن الكلام في تصحيح مسألة الكتاب ومسألة المبسوط على القول بكون الكلام الثاني داخلا في الأول فتأمل قال أي القدوري في مختصره وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب أي فللوكيل أن يرد ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه ما دام المبيع في يده لأنه أي الرد بالعيب من حقوق العقد أي من حقوق عقد الشراء وهي كلها إليه أي الحقوق كلها ترجع إلى الوكيل في مثل هذا العقد فإن سلمه إلى الموكل أي فإن سلم الوكيل المبيع إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه أي لم يرده على البائع إلا بإذن الموكل لأنه انتهى حكم الوكالة أي انتهى حكم الوكالة بتسليمه إلى الموكل فخرج من الوكالة وانقطع حقه ولأن فيه أي في الرد بالعيب بعد التسليم إلى الموكل إبطال يده أي يد الموكل الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه أي بإذن الموكل الذي هو صاحب اليد الحقيقية ولهذا أي ولأجل كون الحقوق كلها إلى الوكيل كذا قيل في كثير من الشروح أقول فيه نظر لأن هذا التفسير إنما يتم بالنظر إلى قول المصنف رح فيما سيأتي قبل التسليم إلى الموكل لا بالنظر إلى قوله لا بعده كما لا يخفى مع أن كلا منهما في حيز هذا التفريع كما ترى فالحق في التفسير أن يقال أي لما ذكرنا من الأدلة على جواز الرد في صورة وعدم جوازه في أخرى كان أي الوكيل خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع إذا ادعى حق الشفعة في المشتري وغيره أي وغير الشفيع كمن يدعي الاستحقاق

قبل التسليم الى الموكل لا بعده **قال** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما ذكرنا للحاجة على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز

في المشتري من حيث الملك قبل التسليم الى الموكل متعلق بقوله كان خصما ان كان الوكيل خصما لذلك المدعي قبل التسليم الى الموكل لا بعده اي لم يكن خصما بعد التسليم اليه قال اي القدوري في مختصره ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم يعني اذا وكل شخصا ان يعقد عقد الصرف او يسلم في كيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر في اول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره قال جمهور الشراح يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لا تجوز مع ان المسلم اليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من اجاب عنه فقال صاحب غاية البيان فجوابه ان القياس ان لا يملكه المسلم اليه ايضا لكونه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس قد ذكر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيله غيره او نقول جاز المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر اثره في التوكيل ولم يرد نقضا على كلي الذي قاله القدوري لما تملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا يقدح في القواعد قال هذا ما سمح به خاطري في هذا المقام وقد تبعه صاحب العناية في كلا جوابيه ايضا اقول في كل واحد منهما نظر اما الاول فلانه منقوض بعقد الاجارة مثلا لانه كما يجوز ان يباشره الانسان بنفسه يجوز ان يوكل به غيره بلا خلاف مع انه ثابت ايضا على خلاف القياس بالنص كما سيأتي في اول كتاب الاجارة ثم ان الظاهر ان مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافي الاقتصار على مورد النص كما ان جوازه في عقد الاجارة لم ينافِ الاقتصار على مورد النص لاجل ذلك واما الثاني فلانه مع انتقاضه ايضا بمثل عقد الاجارة يرد عليه ان في التوكيل ايضا ضرورة دفع الحاجة سيما اذا كان الموكل مريضا او شيخا فانيا او نحو ذلك فكون الثابت بالضرورة متقدرا بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم اليه ايضا لا يقال انما جاز بيع المعدوم في عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن لا لمطلق الضرورة والتي تحقق في التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل الى العمل لا غير لانا نقول بل تحقق فيه التوكيل عند الحاجة اليه ضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن ايضا مع زيادة فان المفلس العاجز المباشرة بنفسه اذا لم يقدر على توكيل غيره بقبول السلم اشتد حاجته الى الثمن قال المص ومراده التوكيل بالاسلام اي مراد القدوري بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام وهو توكيل رب السلم غيره بان يعقد عقد سلم ولفظ الاسلام انما يستعمل من جانب رب السلم يقال اسلم في كذا اذا اشترى شيئا بالسلم دون قبول السلم اي ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم اليه لان ذلك اي التوكيل بقبول السلم لا يجوز فان الوكيل حينئذ يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره اي الموكل وهذا لا يجوز لان من باع ملكه من الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون نص على ذلك محمد رحمه الله في باب الوكالة بالسلم من البيوع واذا بطل التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه كذا في المبسوط وغيره فان قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء فان الوكيل هو الطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على ان يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين في ذمة المسلم اليه كالثمن في ذمة المشتري قلنا بين الدينين فرق لان المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس الثمن بحكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية في الجواب عن السؤال المذكور ان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزمه البدل في ذمته وقال فان قيل فما جعل المسلم فيه

فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا تعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلام الرسول الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح

في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا انتهى كلامه اقول انه عدل ههنا عن منهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن افسد لان حال جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذي ذكره المصنف ره والمصير الى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الاول حاصله ان جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى الى الامر به والدليل الذي ذكره المصنف ره ما تقتضيه السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذي ذكره غيره على ان الجواب عن السؤال الاول قد عرفت عدم تمامه بما اوردنا عليه فيما قبل فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد هذا لفظ القدوري في مختصره اي ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض يعني ان من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس فاذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد قال صاحب النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل كذا ذكره الامام خواهر زاده انتهى وكذا قال اكثر الشراح وعزوه الى الامام خواهر زاده وقال الزيلعي في التبيين وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر انتهى ولا تعتبر مفارقة الموكل اي لا تعتبر مفارقته قبل القبض لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه اي قبض الوكيل بدل الصرف وان كان لا يتعلق به الحقوق اي وان كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد كالصبي والعبد المحجور عليه لان القبض في الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد اقول لو قال المصنف ره في اثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه والقبض منه لكان اولى واليق اذ لا يخفى ان المدعى ههنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الموكل عام لبابي الصرف والسلم كما ان قوله فيما قبله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما والدليل الذي ذكره ههنا خاص بباب الصرف لان التوكيل في باب السلم انما يصح من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما مر والوكيل من جانب رب السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرناه فتدبر بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفي بعض النسخ بخلاف الرسولين اي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا في الشروح لان الرسالة في العقد لا في القبض وذلك لان الكلام ههنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في بابي الصرف والسلم ورسالة الرسول في العقد انما يثبت في العقد لا في القبض لان القبض خارج عن العقد ولا يدخل تحت الرسالة فيه هذا وقال صاحب العناية في توضيح قوله لان الرسالة في العقد لا في القبض والا لكان افتراق بلا قبض وفصل بعض الفضلاء مراده بان قال فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم ارسله فلا معنى للارسال قبل المفارقة انتهى اقول فيه بحث لان هذا انما يفيد ان لا يكون الرسالة في القبض فقط لا ان لا يكون في العقد والقبض معا وبه يعلم دفع هذا الاحتمال الا انه مطلوب ههنا كما لا يخفى تامل وينتقل كلامه الى المرسل اي وينتقل كلام الرسول في العقد الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح اي لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به اقول ههنا اشكال وهو ان الرسالة في السلم انما يجوز من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كالوكالة فعلى ما صرحوا به فالمراد بالرسول في

قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن

باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ولا شك ان في نسخة رب السلم هي العقد وتسليم رب المال لا قبضه الذي هو من شرط عقد السلم وانما القبض من جانب المسلم اليه فلا يتم الكلام بالنظر الى الرسول في باب السلم كما لا يخفى ثم ان هذا الاشكال الظاهر على نسخة بخلاف الرسولين وهي نسخة اطبق عليها الشراح حتى ان صاحب النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكرا النسخة الاخرى اصلا وصاحب غاية البيان جعلها اصلا وذكر الاخرى نسخة وفسر كلمة الرسولين بالرسول في الصرف والرسول في السلم واما على نسخة بخلاف الرسول وكذلك ان جعل الرسول عاما للرسول في الصرف والرسول في السلم كما ذهب اليه كثير من الشراح حيث فسر الرسول بالرسول في الصرف والرسول في السلم وكما افصح عنه صاحب الكافي حيث قال بخلاف الرسول اي في الصرف والسلم انتهى واما اذا جعل مخصوصا بالرسول في الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لما تقدمه وهو قوله فيصح قبضه فان المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به اكثر الشراح فيندفع الاشكال

قال القدوري في مختصره واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به اي بالثمن على الموكل لانه انعقدت بينهما اي بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية اي بيع حكمي فصار الوكيل كالبائع عن الموكل قال صاحب غاية البيان في تعليل هذا لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل منه الى الموكل انتهى اقول هذا شرح الكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه لان انتقال الملك اولا الى الوكيل ثم الى الموكل طريقة الكرخي والمصنف قد اختار فيما مر طريقة ابي طاهر وقال هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخي كما صرح به الشراح قاطبة هناك ومنهم هذا الشارح وطريقة ابي طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على التفصيل فالوجه ان يحمل مراد المصنف ههنا ايضا على ذلك فان الملك وان ثبت للموكل ابتداء على طريقة ابي طاهر الا انه يثبت له خلافة عن الوكيل لا اصالة كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله ولا يخفى ان هذا القدر كاف في انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وان لم يكن كافيا في المبادلة الحقيقية ولهذا اي ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما اذا اختلفا في الثمن يتحالفان والتحالف من خواص المبادلة ويرد الموكل بالعيب على الوكيل اي واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرده على الوكيل وهذا ايضا من خصائص المبادلة لا يقال ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها لانا نقول هذا دليل اني لا دليل لمي فلا ينافي الفرعية قال وقد سلم المشتري للموكل اي والحال انه قد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه اي فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن والحاصل انه لما كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا ولان الحقوق دليل آخر لما كانت راجعة اليه اي لما كانت راجعة الى الوكيل وقد علمه الموكل اي علم رجوعها اليه فيكون اي الموكل راضيا بدفعه اي بدفع الثمن من ماله اي من مال الوكيل وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير امر الموكل والامر ثابت هنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم انه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضيا بذلك امرا به دلالة فان هلك المبيع في يده اي في يد الوكيل قبل حبسه اي قبل حبس الوكيل المبيع هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن اي لم يسقط عن الموكل هذا لفظ القدوري يعني ان هلك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه اياه لا يسقط الرجوع على الموكل لان يده اي يد الوكيل كيد الموكل فاذا لم يحبسه اي الوكيل يصير الموكل قابضا بيده اي بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يسقط الرجوع وله اي للوكيل ان يحبسه اي ان يحبس المبيع عن الموكل حتى يستوفي الثمن سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع او لم يدفع كذا في الشروح نقلا عن المبسوط قال في الذخيرة لم يذكر محمد رحمه الله في شيء من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفي الدراهم منه وحكي عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني ان له ذلك وانه صحيح لان حق الحبس للوكيل في موضع نقد الثمن لاجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى وقال صاحب غاية البيان قلت هذا الكلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا وقد صرح محمد رحمه الله في الاصل في باب الوكالة في الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا ان يشتري له عبدا بالف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطلب الامر اخذ العبد

لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح وضمان البيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة رح وضمان الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق لما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن

من الوكيل اي الى الوكيل ان يدفعه فللوكيل ان يحبسه وكذلك حتى يستوفي الثمن في قول ابي حنيفة رحمه الله وكذا ان كان الوكيل نقد الثمن او لم ينقد فهو سواء الى هنا لفظ محمد رح في الاصل انتهى قال المصنف لما بينا اي لما بينا ان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل اشار به الى قوله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشتري لقبض الثمن فكذا الوكيل وهذا لا ينفصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع اولا وقال زفر رح ليس له ذلك اي ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن لان الموكل صار قابضا بيده اي بيد الوكيل حتى ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فكانه سلمه اليه اي فكان الوكيل سلم المبيع الى الموكل فيسقط حق الحبس وتحريره ان يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع في يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع في يده حكما قلنا لنا طريقان في الجواب عنه مدار احدهما تسليم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ومدار الآخر منع ذلك فاشار الى الاول بقوله وهذا اي القبض مما لا يمكن التحرز عنه يعني سلمنا ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس الا بالقبض ولا يمكنه ان يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضى فيما لا طريق له الى التحرز عنه واذا كان كذلك فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس واشار الى الطريق الثاني بقوله على ان قبضه موقوف يعني علاوة انا لا نسلم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل في الابتداء موقوف اي متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حق نفسه وانما يتبين احدهما عن الآخر بحبسه فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه يعني ان لم يحبسه عن الموكل عرفنا انه كان عاملا للموكل فيقع له وان حبسه عنه عرفنا انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه اي حبس الوكيل المبيع فهلك اي المبيع كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح يعني بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد رح يعني يسقط به الثمن قليلا كان او كثيرا وهذا الذي ذكره لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر فيه قول ابي حنيفة رح كما لم يذكره في المختلف والمنظومة وغيرهما لكن قال الشيخ ابو نصر البغدادي ذكر في الجامع قول ابي حنيفة رح مثل قول محمد رح فلذلك قال المصنف وهو اي قول محمد رح قول ابي حنيفة رح [illegible] ابي حنيفة رح ومحمد رح هو اللائق اتفاقا اذ اتحدا وضمان الغصب عند زفر رح يعني يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت قال في العناية فلا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكر في اكثر الشروح وقال الشارح تاج الشريعة فيرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية وهو الظاهر عندي على قول زفر رح تامل لانه اي الحبس منع بغير حق لما ان قبض الوكيل قبض الموكل فليس له حق الحبس فصار غاصبا له اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اي الوكيل بمنزلة البائع منه اي من الموكل كما تقدم فكان حبسه لاستيفاء الثمن اذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فيسقط اي الثمن بهلاكه اي بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فتتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان واذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده امانة كذا في العناية اقول لقائل ان يقول كما انه يشبه الرسول يشبه البائع ايضا لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر فان لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما اذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان في هذه الصورة كما لا يخفى واذا جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار في هذه الصورة مع عدم ظهور علة الاسقاط فيها يلزم ان لا يمشي فيما ذكر فيما سبق من تعليل مسئلة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما اذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع ان تلك المسئلة شاملة لصورتي الحبس وعدم الحبس وتمامها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتامل ولابي يوسف رح انه اي المبيع مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك

وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد فانما ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة رح ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل

فهو بمعنى الرهن اشار اليه بقوله وهو الرهن بعينه يعني هو بمعنى الرهن وهذا الاثبات مدعاه وقوله بخلاف المبيع لنفي قولهما يعني ان المشتري المحبوس ههنا ليس كالمبيع ان البيع ينفسخ بهلاكه اي بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ اصل العقد يعني الذي بين الوكيل وبائعه واجاب المص عنه بقوله فانما ينفسخ اي العقد في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع والوكيل ومثله لا يمتنع كما اذا رده الموكل بعيب اي اذا وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده الى الوكيل ورضي الوكيل به فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وان لم ينفسخ بينه وبين بائعه قال صاحب غاية البيان وفيها مغالطة على ابي يوسف رح لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى وقال صاحب الغاية بعد نقل ذلك وانما لم يكن هذا سؤالا اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت وجدت ما ذكر عن جانب ابي يوسف رح غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع من بائع واذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره احدهما يعني غلطا او مغالطة قال اي القدوري في مختصره واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم اي اذا كانت عشرة الارطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهما وانما قيد به لانه اذا كانت عشرة الارطال منه لا تساوي درهما نفذ البيع الكل على الكل بالاجماع كذا في الذخيرة وسياتي في الكتاب لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون الى ههنا لفظ القدوري قال المصنف ره وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد رح مع قول ابي حنيفة رح وقال انما ومحمد ره لم يذكر الخلاف في الاصل اي المبسوط فانه قال في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه واذا وكله ان يشتري له عشرة ارطال بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمامور لانه امره بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي تناوله امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر الى ههنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى لابي يوسف رح انه امره اي ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا يعني ان الوكيل لم يخالف الموكل فيما امره وانما جاء خلافه مخالفا للواقع فليس على الوكيل من ذلك شيء سيما اذا زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين حيث جاز ذلك فكذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة اي بشراء عشرة ارطال لحم ولم يامره بشراء الزيادة وظن ان ذلك لمقدار يساوي درهما فقد خالفه فيما امره به فينفذ شراؤها اي شراء الزيادة عليه اي على الوكيل لكونه غير مامور به وشراء العشرة على الموكل اي فينفذ شراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمامور به فان قيل ينبغي ان لا يلزم الآمر منه عشرة بنصف درهم ايضا لان ثبوت العشرة ثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز حتى لو كان الرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا فيجاب له قلنا ذاك مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت هناك لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لان المرأة امرأة الموكل لا امرأة الوكيل واما ههنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل الشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو خلاف الى خير فينفذ على الموكل ولان الثمن يتوزع على اجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصودا فلا تحقق للضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المحقق حميد الدين

بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل

اقول الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله ولان الثمن يتوزع الخ واضح لاغبار عليه واما الوجه الاول منه فمشكل لا يعقل اذ بعد الاعتراف بان الشراء في المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل كيف يتم القول بان ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ولا شك ان حكم ما في ضمن الشيء يتبع حكم ذلك الشيء وانما يتصور ثبوت شراء العشرين على الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه ايضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ونفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى فان قلت ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما ذكر في الذخيرة والتتمة محالا الى المنتقى وهو انه اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة رح لا يجوز البيع في واحد منهما وهناك ايضا حصل مقصود الآمر وزاده خيرا ومع ذلك لا ينفذ شراؤه على الآمر في شيء منهما فكيف نفذ ههنا شراء العشرة على الموكل قلت يحتمل ان الفرق انما نشأ من حيث ان اللحم من ذوات الامثال كما اختاره صاحب المحيط لانه من الموزونات والاصل في المكيلات والموزونات ان تكون من ذوات الامثال وهي لا تتفاوت في القيمة اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه لان الكلام فيما اذا كان اللحم مما يباع عشرة ارطال منه بدرهم فكان للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم والثوبان وان كانا متساويين في القيمة لكن ذلك انما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيبقى حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في التتمة فقال لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن كذا في النهاية قال صاحب العناية بعد ان ذكر هذا الجواب ونسبه الى صاحب النهاية وهذا لا يمشي الا على طريقة من جعل اللحم مثليا واما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك ان يقال اللحم وان كان من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة دقة وصفاقة وطولا وعرضا ورقعة واجلة كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم من تحمل ما هو اقل منه تحمل ما هو اكثر منه خللا انتهى كلامه بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل ابي يوسف رح المتنازع فيه بما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين لان الزيادة هناك اي فيما استشهد به بدل ملك الموكل ولا يجوز ان يستحقه الوكيل لا باذن الموكل ولا بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على ان ثمنه لك لا يصح فتكون له اي فيكون الزيادة للموكل قال صاحب العناية ورد بان الدرهم ملك الموكل فيكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب ان الزيادة ثمنه بدل منه لا بدل وكان الفرق ظاهرا والحاصل ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق فان قيل ذلك ان الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة اخرى فاجيزت وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف انتهى كلامه اقول في كل واحد من الرد والجواب شيء فتأمل بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم متعلق باصل المسألة حيث يصير اي يصير الوكيل في هذه الصورة مشتريا لنفسه بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر يتناول السمين وهذا اي ما اشتراه مهزول فلم يحصل مقصود الامر فلم ينفذ ذلك له قال اي القدوري في مختصره ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له اي للوكيل ان يشتريه لنفسه اي لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه او صرح بالشراء لنفسه يقع الشراء لنفسه بان قال اشهدوا اني قد اشتريت لنفسي هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا في الشروح نقلا عن التتمة ووضع المسألة في العبد في الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى اتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى او لم ينو قال المص في تعليل مسألة الكتاب لانه اي لان اشتراءه لنفسه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه اي في اشترائه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا في العناية وغاية البيان اقول يرد عليه ان العلم

فلو كان لم يسم له ثمنا فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن سمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للموكل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر

بالعزل في باب الوكالة يحصل باسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب ووصوله اليه ومنها ارسال الرسول اليه وتبليغه الرسالة اياه ومنها
اخبار واحد عدل او اثنين غير عدلين بالاجماع واخبار واحد عدل كان او غيره عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد صرح بها في عامة المعتبرات سيما في
البدائع فاشتراط علم الآخر في صحة فسخ المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضي ان يملك الوكيل عزل نفسه الا بمحضر من الموكل لان انتفاء
سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا يتم التقريب اللهم الا ان يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر اسباب العلم بالعزل ايضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب
اصلا ويحتمل ان يكون السرخسي اقتحم المص وقوله على قبيل الايماء الى ذلك فتامل واعلم ان صاحب البدائع قال في بيان هذه المسئلة الوكيل بشراء شيء بعينه
لا يملك ان يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراءه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله
الا بمحضر منه على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ثم قال في موضعه وهو فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة ان الوكيل يخرج عن الوكالة باشياء منها
عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان احدهما علم الوكيل لان العزل فسخ فلا يلزم حكمه الا
بعد العلم بالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه انعزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب
وكذلك لو ارسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا ارسلني اليك يقول اني قد عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا من كان الرسول عدلا كان
او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا بعد ان بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد ان صحت
عبارته على اي صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا ارسل اليه رسولا ولكن اخبره بالعزل رجلان عدلان كانا او غير عدلين او رجل واحد عدل ينعزل في
قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل او لم يصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد العدل مقبول في المعاملات وان لم يكن عدلا فخبر العدد والعدالة اولى
وان اخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر في قول ابي حنيفة رح وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر وان
كذبه الى هنا كلامه اقول لا يذهب عليك ان ما بين كلاميه المذكورين في الموضعين تدافعا فان ما ذكره في فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح في
صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بمحضر منه او عزله بغيبة منه ولكن علم العزل بسبب من اسباب شتى على ما فصله وما ذكره اولا من قوله
كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل في صورة ان عزله بمحضر منه كما ترى والعجب انه حال الاول على الثاني بقوله على ما ذكره
في موضعه قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا نكحها من نفسه بمثل المهر المامور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم
يخالف في المهر المامور به واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح لا بد ان النكاح الى موكله فيقول زوجتك لفلان
والموجود فيما اذا نكحها من نفسه ليس بمضاف الى الموكل فان النكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل بخلاف
التوكيل بشراء شيء بعينه فان الموكل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المامور به لا شراء مضاف الى الموكل فاذا اتى بذلك يقع على الموكل فلو كان الثمن مسمى
يعني لو وكله بالشراء بثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه اي بخلاف جنس المسمى بان سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير او لم يكن سمى فاشترى بغير النقود كالمكيل والموزون
او وكل اي الوكيل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني اي فاشترى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل وهو غائب اي والحال ان الوكيل الاول غائب يثبت الملك
للوكيل الاول في هذه الوجوه اي في هذه الوجوه الثلثة التي ذكرها المص تفريعا على مسئلة القدوري يعني انما لا يكون الشراء للوكيل فيما اذا وكل بشراء شيء بعينه
لنفسه اذا لم يوجد احد هذه الوجوه الثلثة اما اذا وجد فيكون الشراء للوكيل الاول لانه اي الوكيل الاول خالف امر الآمر وهو الموكل اما اذا اشترى بخلاف جنس

نفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى
عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم
الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق

لا يسمى فقال بردا فاذا اشترى بغير النقد فلان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه واما اذا وكل وكيلا بشراء امة فلانه مامور بان يحضره رأيه ولم يتحقق حال غيبته فقد
اي الشراء عليه اي على الوكيل الاول ولو اشترى الثاني اي الوكيل الثاني بحضرة الوكيل نفذ اي الشراء على الموكل الاول لانه حضره رأيه اي رأي
الوكيل الاول فلم يكن مخالفا اي لم يكن الوكيل الاول مخالفا لامر آمره وذلك لانه اذا كان حاضرا يصير كانه هو المباشر للعقد الا يرى ان الاب اذا زوج
ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فجعل كانها هي التي باشرت العقد وكان الاب مع ذلك الرجل شاهدين كذا في المبسوط قيل ما الفرق بين الوكيل
بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه يجوز وبين الوكيل بالطلاق والعتاق
فانه لو وكل غيره فطلق او اعتق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول والرواية في التتمة والذخيرة واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة في التوكيل بالطلاق
والعتاق متعذر لان التوكيل تفويض الرأي الى الوكيل وتفويض الرأي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأي ولا حاجة فيهما اذ تفسيرهما عن ال
الرأي فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المامور فيهما مامورا بنقل عبارة الآمر لا الى آخر
وتوكيل الآخر والاجازة ليس من النقل في شيء فلم يملك الوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما فالعمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها مما يحتاج فيه الى الرأي فاعتبر
المامور وكيلا والمامور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره او باجازته قال اي القدوري في مختصره وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا
ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل الى هنا لفظ القدوري قال اي المصنف رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف اي الوكيل
العقد الى دراهم الآمر كان للآمر هذا هو الوجه الاول من وجوه هذه المسئلة وقال المصنف وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله
يعني ان المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافة اليه لان فيه اي لان في النقد من مال الموكل تفصيلا
وخلافا فانه بعد ان يشتريه بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافا فانه اذا تصادقا على انه لم تحضره
النية وقت الشراء فعلى قول محمد رح النقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف رح يحكم النقد على ما يجي وهذا بالاجماع اي لو اضاف العقد الى دراهم الآمر يقع له بالاجماع وهو مطلق
اي قوله او يشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قال جمهور الشراح في شرح هذا المقام اقول فيه نظر لانهم حملوا التفصيل المذكور في
قول المصنف لان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك التفصيل للنقد
المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله
انما هو وقوع التفصيل في النقد من مال الموكل لا وقوعه في النقد المطلق اذ لا مساس له بكلام القدوري فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال
ثم ان صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور في شرح هذا المقام وزاد اخلالا حيث قال بعد ان ذكر وجوه هذه المسئلة واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان
في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان
له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد انتهى فان قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد ههنا لانه اذا لم ينو لنفسه فان نوى للموكل لا يعتبر النقد اصلا كما صرح به فلا يصح
التفصيل الذي ذكره بقوله ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان لم ينو للموكل ايضا كان صدق ذلك
التفصيل على قول ابي يوسف رحمه الله فقط اذ على قول محمد رح يكون النقد حينئذ للوكيل كما سيجيء وكان ما ذكره مناسبا لشرح قول المصنف وخلافا لا لشرح
قوله تفصيلا وايضا انه بعد ما صرح بان التفصيل انما هو في النقد من مال حيث قال ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا كيف يتيسر له بيان ذلك التفصيل

الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا

في الفتاوي الخلاف بان قال ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له والحاصل ان الوكالة في تقرير صاحب العناية تحتمل
اقول الحق في هذا المقام ان المصنف اراد بالتفصيل في قوله لان فيه تفصيلا وخلافا صورتي التكاذب والتوافق واراد بالخلاف الخلاف الواقع في صورة التوافق فان
ان في النقد من مال الموكل تفصيلا فانه اذا نقد من ماله فاذا تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع وان توافقا على انه لم يحضره النية فعند محمد رح هو للعاقد وعند
ابي يوسف رح يحكم النقد ايضا وخلافا فانهما اذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لاحدهما فعند محمد رح هو للعاقد وعند ابي يوسف رح يحكم النقد بخلاف
الاضافة الى دراهم الامر فانه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل كلام القدوري عليها اولى ثم اقول بقي لنا بحث فيما ذهب اليه المصنف ههنا وهو ان فيه
اخلالا باصل المسئلة فان صورة ان اضاف العقد الى دراهم مطلقة وتكاذبا في النية لا يكون داخلة حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري
فيلزم ان يكون العقد في تلك الصورة للوكيل البتة بموجب ما بقي في الكلام بعد الاستثناء مع انه يحكم النقد فيها بالاجماع فيما نقد من مال الموكل يصير العقد له
قطعا وان صورة ان اضاف العقد الى دراهم مطلقة وتوافقا على انه لم يحضره النية لا يكون داخلة ايضا في شيء من قسمي الاستثناء المذكور فيلزم ان
يكون العقد فيها ايضا للوكيل بموجب ما بقي بعد الاستثناء مع ان فيها خلافا كما سياتي فيلزم حمل كلام القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقبله المصنف وبالجملة
قد ذهب المصنف رح في حل كلام القدوري ههنا عن ورطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى بل اشد منها فما الفائدة فيه ولعل صاحب الكافي تفطن لذلك
حيث زاد الاستثناء في موضع المسئلة فقال ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل
او ينقد من ماله وقال فهذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل الى آخره وان اضافه
الى دراهم نفسه اي ان اضاف الوكيل العقد الى دراهم نفسه كان اي العقد لنفسه هذا هو الوجه الثاني من وجوه هذه المسئلة حملا لحاله اي حال الوكيل على
ما يحل له شرعا تعليل لقوله ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعني ان اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغي ان يقع للآمر فكان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا
لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح اقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر اما اذا اضاف
دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر متحد في الصورتين نص عليه في
الذخيرة ونقل عنها في النهاية فلا يتم التقريب او يفعله عادة عطف على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه يعني ان العادة
جرت بان الشراء اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما اضاف العقد ههنا الى دراهم نفسه وقع له حملا لامره على وفق العادة كذا في النهاية
وعليه العامة قال تاج الشريعة بعد ان جرى في شرح كلام المصنف ههنا على الطريقة المذكورة وهي توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ويجوز ان يكون التعليلان
للمسئلة الاولى والحكم في المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة لانه كما لا يحل ان يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم
نفسه اما العادة فجارية على انه لا يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه كذا على العكس انتهى وقال صاحب النهاية بعد ان سلك الطريقة المذكورة ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله
على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا
فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة ثم قال والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني
فلا امتناع فيه شرعا انتهى اقول ان قول المصنف رح اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا ينادي باعلى الصوت
على ان التعليل المزبور لشيئية معا للوجه الاول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة فالاولى ان يحمل مجموع قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة

وإن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهو للآمر وإن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لأن الأصل أن كل واحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند أبي يوسف رحمه الله يحكم النقد فيه لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه

دليلا على الوجه الأول ويكتفي في العلم بالوجه الثاني بدلالة سبقه الثاني أعني قوله أو بفعله عادة على ذلك والإنصاف أن في تحرير المص ره ههنا تعقيدا أو خطأ كما ترى ولهذا تحير الشراح في حله الوافي وشرح الكافي وإن أضافه أي العقد إلى دراهم مطلقة هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسألة وفيه تفصيل أشار إليه بقوله فإن نواها أي الدراهم المطلقة للآمر فهو أي العقد للآمر وإن نواها لنفسه فلنفسه أي فالعقد لنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل أي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه وكانت نيته معتبرة أقول لقائل أن يقول إذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر فينبغي أن يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذي ذكروه فيما إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر من كونه غاصبا لدراهم الآمر فإن قلت الغصب ثابت في صورة الإضافة إلى دراهم الآمر في ضمن نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه وأما في الصورة المذكورة ففي النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان قلت الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة ولا شك أن هذا لا يتحقق في نفس الإضافة إلى دراهم الآمر بل إنما يتحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد في شيء من الصورتين المذكورتين بل إنما وجد في النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد في تينك الصورتين معا فلا يتم الفرق فتدبر وإن تكاذبا أي الوكيل والموكل في النية فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي يحكم النقد بالإجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لأنه أي النقد دلالة ظاهرة على ما ذكرناه من حمل حاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة وإن توافقا على أنه لم تحضره النية ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قال محمد رح هو أي العقد للعاقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه يعني أن الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه إلا إذا ثبت جعله أي جعل العمل لغيره بالإضافة إلى ماله أو بالنية ولم يثبت أي والغرض أنه لم يثبت وعند أبي يوسف رح يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقا أي من غير تعيين نية يحتمل الوجهين وهما أن يكون العقد للآمر وأن يكون لنفسه فيبقى موقوفا فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه فتعين به أحد المحتملين ولأن مع تصادقهما على أنه لم تحضره النية يحتمل النية للآمر بأن نوى له ونسيه وفيما قلناه أي في تحكيم النقد حمل حاله أي حال الوكيل على الصلاح وهو أن لا يكون غاصبا على تقدير النقد من مال الآمر كما في حالة التكاذب بقي الكلام في هذه المسألة وهو أن الإضافة إلى أي نقد كانت ينبغي أن لا تفيد شيئا لأن النقود لا تتعين بالتعيين وأجيب عن ذلك بأنا لا نسلم أن الشراء بتلك الدراهم تتعين وإنما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من أن النقود تتعين في الوكالات ألا يرى أنها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة كذا في العناية وعليه جمهور الشراح ومأخذهم المبسوط أقول في الجواب بحث وهو أن تعين النقود لا في الوكالات قبل التسليم بالإجماع وكذا بعده عند عامة المشايخ وإنما يتعين بعده عند بعضهم على قول أبي حنيفة رح صرح به في عامة المعتبرات وسيظهر لك فيما سيجيء عن قريب وجواب مسألة الإضافة إلى دراهم الآمر وإلى دراهم نفسه غير مقيد بكون الإضافة بعد التسليم وغير مختص بقول أبي حنيفة رح بل هو مطلق وبالإجماع كما تقرر فيما مر فكيف يتم أن يجعل مداره ما هو القيد والمختلف فيه وكان الإمام الزيلعي تنبه لهذا حيث قال في شرح الكنز في تعليل مسألة الإضافة إلى ثمن معين لأن الثمن وإن كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به وقد تعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح إذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى لكنه لم يأت أيضا بما يشفي العليل ههنا كما ترى ثم أقول الأولى في الجواب أن يقال ليس العلة في كون العقد عن إضافته إلى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة كما مر بيانا وشرحا فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين في مسألتنا هذه وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال والدراهم وإن لم تتعين ولكن الظاهر أن المسلم لا يضيف شراء الشيء لنفسه إلى دراهم الغير لأنه مستنكر شرعا وعرفا انتهى قال المصنف ره والتوكيل في الإسلام بالطعام على هذه الوجوه المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقا وخلافا وتماما

قال ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فإن كان دفع إليه الألف فالقول قول المأمور لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا إن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين وإن لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للآمر لأنه

بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشائخنا فإنهم قالوا في مسألة الشراء إذا تصادقا أنه لم يحضره النية فالعقد للوكيل إجماعا والحكم النقد وإنما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسألة التوكيل بالإسلام وهم فرقوا بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسف رحمه الله بأن العقد إنما يتقيد بالسلم فإن المفارقة بلا قبض تبطل السلم فإذا جعل من له العقد يتبين بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد لما قد عقد تحكيما الأصل كذا في الشروح وفرق أبو يوسف رح بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير إذا أطلق النية عند الإحرام فإنه يكون عاقد النفسه فإن الحج عبادة والعبادات لا تتأدى إلا بالنية وكان مأمورا بأن ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الشرط وأما في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد كذا في باب الوكالة بالسلم من بيوع المبسوط قال أي محمد رح في الجامع الصغير ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال أي المأمور قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فإن كان أي الآمر دفع إليه أي إلى المأمور الألف فالقول قول المأمور لأن في الوجه الأول وهو ما إذا لم يكن الثمن منقودا إلى المأمور أخبر أي المأمور عما لا يملك استئنافه أي استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر فإن سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لأن العبد ميت إذ الكلام فيه والميت ليس بمحل العقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لإرادة الرجوع على الآمر وهو أي الآمر ينكر ذلك والقول للمنكر فقول المصنف لا يملك استئنافه معناه لا يملك استئناف سببه على طريق المجاز بالحذف والضمير المرفوع في قوله وهو الرجوع بالثمن راجع إلى ما في عما لا يملك استئنافه وهذا هو الوجه الأحسن في حل عبارة المصنف رح هاهنا وإليه ذهب صاحب العناية وقال إنما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لأن مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لأجل الآمر فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع وكان ذكر المسبب وإرادة السبب وجاز هذا لأن الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لأجل الآمر وإلى هذا التوجيه ذهب أكثر الشراح قال في الكفاية بعد ذكر هذا وفي بعض النسخ لا يملك استئنافه وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الآمر وهذا ظاهر انتهى وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان الثمن منقودا إلى المأمور هو أي المأمور أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله قال صدر الشريعة في شرح الوقاية علل في الهداية فيما إذا لم يدفع الآمر الثمن بأن الوكيل أخبر بأمر لا يملك استئنافه وفيما إذا دفع بأن الوكيل أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة أقول كل واحد من تعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق بل لا بد من انضمام أمر آخر وهو أن فيما إذا لم يدفع الثمن يدعي الثمن على الآمر وهو ينكره فالقول للمنكر وفيما إذا دفع الثمن يدعي الآمر الثمن على المأمور فالقول للمنكر إلى هنا كلامه أقول ليس الأمر كما زعمه بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورته أما الأول فلأن قول المصنف فيه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية إذ الثمن فيها مقبوض الوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعا وقد لبس ذلك على القائل في تحريره حيث ذكر أول التعليل الأول وترك آخره الفارق بين الصورتين والعجب أنه ضم إلى ما ذكره ما هو في معنى ما ترك وأما الثاني فلأن الثمن ليس بمقبوض الوكيل في الصورة الأولى فلا يصح أن يقال فيها أنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما لا يخفى ولو كان العبد حيا حين اختلفا فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك إن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما مر وإن لم يكن أي الثمن منقودا فكذلك أي فالقول للمأمور أيضا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنه يملك استئناف الشراء للآمر إذ العبد حي وإنه محل للشراء فيملك أن يشتريه في الحال للآمر فلا يتهم في الإخبار عنه أي عن الشراء لأجل الآمر فإن قيل إن وقع الشراء أولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك حتى يملك استئنافه أجيب بأن تملك استئناف الشراء أن يتصور مع التعذر ويمكن أن يتفاسخ الوكيل والبائع بالتراضي ثم يشتريه لأجل الموكل كذا في الشروح وعند أبي حنيفة رح القول قول الآمر لأنه أي لأن الإخبار عن الشراء لأجل الآمر

موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة

موضع تهمة بان اشتراه لنفسه اي بان اشترى الوكيل العبد لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر اي اراد ان يلزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه اي الوكيل امين فيه اي في الثمن او في هذا الوجه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة الامانة وكم من شيء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا ولا ثمن في يده ههنا اي الثمن في يد الوكيل فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود حتى يكون امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة فافترقا وان كان امره بشراء عبد بعينه يعني ان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي اي والحال ان العبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع اي هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالاجماع بين ائمتنا الثلثة لانه اي المأمور اخبر عما يملك استينافه في الحال ولا تهمة فيه اي في اخباره عن ذلك لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته اي في حال غيبة الموكل قيد به اذ في حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لانه يملك عزل نفسه حال حضرته على ما مر اشار به الى قوله ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل بخلاف غير المعين اي بخلاف ما اذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فان فيه اختلافا على ما ذكرنا لابي حنيفة رح يعني ما ذكره فيما مر آنفا من جانب ابي حنيفة رح وهو قوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الامر اقول لقائل ان يقول التهمة متحققة في صورة التعيين ايضا بان اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة بان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى او بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشتراه الثاني بغيبة الاول ثم لما رأى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شيء بعينه انما لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر واما على وجه المخالفة له باحد الوجوه الثلثة المذكورة فيملك قطعا على ما مر في محله فما الدافع لهذه التهمة على قول ابي حنيفة رح ثم اقول في الجواب عنه ان احتمال ان اشتراه لنفسه شبهة وبعد ذلك احتمال ان اشتراه لنفسه على وجه المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة شبهة وقد تقرر عندهم ان الشبهة معتبرة وشبهة الشبهة لا معتبرة والتهمة في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة الشبهة فاعتبرت في الاولى ولم تعتبر في الثانية قال صاحب النهاية والكفاية فان قيل الولي اذا اقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى مع انه يملك استيناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك استينافه وقع علة لقوله ولا تهمة فيه ووقع على قول ابي حنيفة رح فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استينافه على قول ابي حنيفة رح لم يرد الاشكال على قوله او نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده ايضا فكان ذلك انشاء النكاح ابتداء وعلى هذا يرد الاشكال لما انه انما لا يقبل هناك اقراره بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استينافه فاطرد الجواب عنده في المسئلتين انتهى كلامهما وقال صاحب غاية البيان فان قلت الاصل في الدلائل الاطراد وهو لا يطرد على اصل ابي حنيفة لان الاب اذا اقر على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة وكذا وكيل الزوج او الزوجة ومولى العبد اذا اقر بالنكاح لا يصح الا ببينة عند ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه مع ان المقر يملك استيناف العقد قلت لا نسلم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب الثاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استينافه وقع علة لقوله ولا تهمة فيه ووقع على قول ابي حنيفة رح بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل ابي حنيفة رح لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال وفي قوله لانه انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان تملك الاستيناف دائر مع التصور كما ذكرنا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان مرادهم بالدوران مع التصور الامكان الشرعي ولم يحضر الشهود ولم يكن انشاء النكاح شرعا وقد افصح عنه صاحبا النهاية والكفاية حيث قالا لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود وافصح عنه صاحب الغاية ايضا حيث قال ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود فكيف يملك الاستيناف ودار مع التصور لا يقدح اصلا

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له ذلك لان الاقرار ارتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسألة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب

في قول صاحب الغاية لانه يملك ستهنيات العقد فلا يقابل بملك قيد الحال حضرة الشهود ثم اعلم ان هذه المسألة على ثمانية اوجه كما صرح به في الكافي وغيره لانه اما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل ذلك على وجهين اما ان يكون العبد حيا او هالكا وقد ذكر ستة اوجه منها في الكتاب مدللا ومفصلا كما عرفت فبقي منها وجهان وهما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ويكون العبد هالكا والثمن منقودا او غير منقود وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استينافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى اقول في الوجه الآخر منهما محل اشكال فان الآمر وان كان منكرا لاشتراء المامور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمامور بل اشتريته لنفسك وقد تقرر ان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي ان لا يكون لانكار الآمر شراء المامور للآمر حكم في هذا الوجه ايضا قال

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان اي لاجل فلان فباعه ثم انكر اي المشتري ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا يأخذه يعني ان لفلان ولاية اخذه من المشتري وهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رحمه الله في تعليلها لان قوله السابق اي قول المشتري السابق وهو قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق لان الاقرار بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رحمه الله في كتاب الشفعة لو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر فلا يصار اليه بلا قرينة وسوال التسليم من الاجنبي قرينة في مسألة الشفعة ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سوال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة موجودة فيما نحن فيه كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الشروح فان قال فلان لم آمره بذلك ثم بدا له ان يأخذه لم يكن له اي لم يكن له على العبد سبيل لان الاقرار اي اقرار المشتري ارتد برده اي برد فلان فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه الا ان يسلمه المشتري له روي لفظ المشتري بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا وقوله له اي لاجله ويكون المفعول الثاني محذوفا وهو اليه فالمعنى الا ان يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ويكون الفاعل مضمرا يعود الى المشتري فالمعنى الا ان يسلم الفضولي العبد الى المشترى له وهو فلان ثم ان هذه الاستثناء من قوله لم يكن له اي لم يكن لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال اجزت بعد قوله لم امره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة تلحق للموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري كذا ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير فيكون بيعا اي فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ عنه وعليه العهدة اي وعلى فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن كذا فسر شيخ الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان ويدل عليه قوله لانه صار مشتريا بالتعاطي كما لا يخفى كمن اشترى لغيره اي كالفضولي الذي اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه اي لزم العبد المشتري ثم سلمه المشتري له حيث كان بيعا بالتعاطي قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ثبت بهذا ان بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطاء نقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان اخذا بلا اعطاء لعادة الناس وثبت به ان النفيس من الاموال والخسيس في بيع التعاطي سواء واشار المصنف الى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله ودلت المسألة اي دلت هذه المسألة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو اي البيع بالتعاطي يتحقق في النفيس والخسيس اي في نفيس الاموال وخسيسها لاستتمام التراضي اي لاستتمام التراضي في كل واحد منهما وهو المعتبر في الباب اي في

قال ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم لهما ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق يجري على
الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره بان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح
او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما
وباقل منها مخالفة الى خير والزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا
غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما
فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية ليشتري بمثلها
ومن له على آخر الف درهم فامره بان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان امره ان يشتري

هو المعتبر في باب البيع لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وعند التراضي في التنفيس والتخسيس ينعقد البيع بالتعاطي فيهما فلا فائدة
لا ينعقد الا في الاشياء الخسيسة وقد تقدم ذلك في اول كتاب البيوع قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم لهما ثمنا
احدهما جاز لان التوكيل مطلق يعني ان التوكيل مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين او مجتمعين فيجري على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما اي بين العبدين في البيع
ان ينفذ على الموكل الا فيما لا يتغابن الناس فيه استثناء من قوله جاز اي جاز ان يشتري احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز فيه لانه اي لان التوكيل
توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رح يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش وهذا كله بالاجماع اي كل
هذه المسئلة كلها بالاجماع وهو احتراز عما ذكرنا من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين باعيانهما وقد سمى لهما ثمنا وهي المسئلة الثانية ولو امره ان يشتريهما
اي لو امر رجلا بان يشتري العبدين بالف وقيمتهما سواء اي والحال ان قيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز اي جاز الشراء
ويقع عن الموكل وان اشترى باكثر قلت الزيادة او كثرت لم يلزم الآمر بل يقع عن الوكيل لانه اي الآمر قابل الالف بهما اي بالعبدين وقيمتهما سواء فينقسم
الالف بينهما نصفين دلالة اي من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح وكان امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها اي بخمسمائة موافقة
لامر الآمر وباقل منها اي في الشراء باقل من خمسمائة مخالفة الى خير فيجوز وبالزيادة الى شر اي الشراء بالزيادة مخالفة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير احتمل ان المسئلة لا اختلاف فيها لان ابا حنيفة رح انما قال لم يجز شراؤه على الآمر اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها و
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا فالذي يتغابن الناس في مثله انه لا يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسئلة اختلاف واحتمل ان المسئلة فيها اختلاف
في قول ابي حنيفة رح اذا زاد على خمسمائة قليلا او كثيرا لا يجوز على الآمر وفي قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلا انتهى كلامه وقال شيخ الاسلام ان بعض مشائخنا
قالوا ليس في المسئلة اختلاف في الحقيقة فان قول ابي حنيفة رح محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها فاما اذا كانت قليلة بحيث
يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعا لانه لا تسمية في حق هذا الواحد فهو كالوكالة بشراء عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله
جاز كذا ههنا ثم قال والظاهر ان المسئلة على الاختلاف فانه اطلق الجواب على قول ابي حنيفة رح وفصله على قولهما انتهى والمص ره اختار مذهب شيخ الاسلام
حيث قال وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما فيجوز حينئذ ويلزم الآمر استحسانا قيد به لان جواب
القياس ان لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه اخذ مالك والشافعي ره واحمد رحمه الله ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان شراء الاول قائم يعني ان شراء العبد
الاول قائم لم يتغير حاله بالخصومة وقد حصل غرضه المصرح به اي وقد حصل عند اشتراء الباقي غرض الامر الذي صرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام
اي لم يثبت الا دلالة والصريح يفوقها اي يفوق الدلالة يعني ان الانقسام بالسوية انما كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطلت الدلالة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن فيه وقد بقي اي والحال انه قد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي
جاز ولزم الامر لان التوكيل مطلق اي غير مقيد بخمسمائة لكنه يتقيد بالمتعارف وهو اي المتعارف فيما قلنا اي فيما يتغابن الناس فيه ولكن لا بد ان يبقى اي الى
الالف باقية ليشتري بمثلها الباقي من العبدين ليمكنه اي ليمكن الموكل تحصيل غرض الامر وهو تملك العبدين معا قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن له على آخر الف فامره اي الآخر ان يشتري بها
اي بتلك الالف هذا العبد يعني العبد المعين فاشتراه جاز ولزم الامر حتى اذا مات قبله هلك عند المامور لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى
يشير الى ما سيذكره بقوله بخلاف ما اذا عين البائع الخ ولو امره ان يشتري بها اي بالالف التي عليه عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده اي فمات العبد في يد المشتري

قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور و 1
على هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا
بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رضي الله تعالى انها تتعين في الوكالات

قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري فالالف عليه وان قبضه الآمر فهو اي العبد له اي للآمر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو اي العبد لازم للآمر اذا قبضه المأمور سواء قبضه الآمر او مات في يد المأمور قال المص وعلى هذا اي على هذا التفصيل اذا امره اي اذا امر من عليه الدين ان يسلم ما عليه اي يعقد عقد السلم او يصرف ما عليه اي او يعقد عقد الصرف فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف قال الشراح وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى ان يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس اقول فيه نظر اذ قد سبق في اوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مجملة ومفصلة مع التعرض باحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما فلا يليق بشان المص مرفوع مثل ذلك التوهم نعم عندي ان تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة ما يتردد في الذهن من ان التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في بابي السلم والصرف ايضا ام لا بناء على ان لهما شانا يخصهما في بعض الاحكام فقوله هذا على نهج قوله فيما مر في آخر مسئلة التوكيل بشراء شيء بغير عينه والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه لهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا يعني سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا في الذمة او عينا غير ثابت في الذمة وتقرر ذلك بقوله الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد ويجب مثل الدين وكل ما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيهما والاطلاق بان قال بالعبد ولم يقل نصفه الى ما عليه والتقييد بان اضافه الى ما عليه فيه اي في العقد المذكور سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر اي ويلزم العقد الآمر وصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين فانه يجوز ولابي حنيفة رح انها اي الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات قال صاحب النهاية لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد رح في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدرهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الوكيل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تتعين حتى لا تبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا ان الوكالة وسيلة الى الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير تتعينان في الامانات وعامتهم على انها لا تتعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ شيئان احدهما توقت بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر فيما بين الناس ان الموكل انما دفع الدراهم الى الوكيل ليريد شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثاني قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل وبهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل الى هنا لفظ الشهادة وقال صاحب الغاية بعد نقل ما في النهاية بنوع اجمال ولقائل ان يقول فعلى هذا في كلام المص نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة رح بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة بمائتي سنة والجواب ان المص لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده ذلك كان على ما نقل عن محمد رح في الزيادات من التقييد بعدم التسليم انتهى اقول ليس بشيء السؤال ولا الجواب اما الاول فلان بعض المشايخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح لم يقولوا ما ذهبوا اليه من تعين النقود في الوكالات بعد التسليم الى الوكيل باجتهادهم من عند انفسهم بل بتخريجهم اياه من اصل ابي حنيفة رح كما هو حال اصحاب التخريج في كثير من المسائل فكان ما ذكره المص رح ههنا من قبيل اثبات قوله اثبات قول ابي حنيفة رح اصلا على تخريج بعض المشايخ وامثال هذا اكثر من ان يحصى واما الثاني فلان حاصله ان المص ماخذ ما ذكره ههنا من مفهوم قول محمد رح في الزيادات فلم يسلمها الى الوكيل فيرد عليه ان محمد رح لم يذكر الخلاف هناك فان لم يكن ما ذكره على قول الكل فقطعا فلا اقل من ان يكون محتملا له

الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري

ايضا فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم ان يكون المشتري للوكيل عند محمد رح فيما اذا اسلم الموكل الدراهم الى الوكيل وقال اشتر بها عينا فاشتراه وقبضه فهلك في يده قبل ان يقبضه الآمر مع ان قول محمد رح فيه مثل قول ابي يوسف رح بخلافه كما صرح به قاطبة وذكر في مسئلة الكتاب واورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر اذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى اقول هو متفرع حمل الاطلاق ما في الكتاب على ما هو المقيد في كلام الثقات اذ قد تقرر في الاصول ان المطلق والمقيد اذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وههنا كذلك فتدبر بالاحرى تنوير لتعين الدراهم والدنانير في الوكالات انه اي الآمر لو قيد الوكالة بالعين منها اي من الدراهم والدنانير او بالدين منها ثم استهلك اي الآمر والوكيل العين كذا في معراج الدراية ويجوز ان يكون استهلك على بناء المفعول او اسقط اي الموكل الدين بان ابرأه عن الدين بعد التوكيل كذا في معراج الدراية ايضا ويجوز فيه ايضا بناء المفعول بطلت الوكالة جواب لو قيد الوكالة ونقل الناطقي في الاجناس عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشتري بدنانير غيره ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل ثم قال هذه المسئلة تدل على ان الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة قال صاحب النهاية انما قيد بعني المص بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك والدليل على هذا ما ذكره الامام قاضيخان في السلم من مجموع فتاواه فقال رجل دفع الى رجل عشرة دراهم ليشتري بها ثوبا قد سماه فانفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ثم اشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فان الثوب للمشتري لا للآمر لان الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وامسك دراهم كان الثوب للآمر ويطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث او الوصي اذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه اقول دلالة ما نقله عن الامام قاضيخان على ان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة غاية الامر انه صور المسئلة فيما انفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ولا يلزم منه ان لا يكون الحكم كذلك فيما اذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل الا ترى انه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك وقال صاحب غاية البيان قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا ولو هلك الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فاقول كان المص قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم الى هنا كلامه وقال صاحب العناية ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكره في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا ولو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المص بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما انتهى اقول حاصل ما ذكره ما قال صاحب الغاية خلا قوله ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وانه ليس بسديد اذ لم نجد في نسخ النهاية ههنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك بل المذكور فيها ههنا انما هي مسئلة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل واذا تعينت اي الدراهم والدنانير وهذا من تتمة الدليل وتقريره ان الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا اي التوكيل المذكور تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله اي ذلك الغير بقبضه اي بقبض الدين وذلك اي تمليك الدين على الوجه المزبور لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين له على عمرو فانه لا يجوز وكان تقريره

او يكون امر التصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا
عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يعين

كما اذا اشترى المشتري شيئا بدين على غير نفسه كذا في العناية وعليه اكثر الشراح وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام اي كما اذا اشترى هذا المامور بدين هو حق الآمر على غير هذا المامور انتهى ووافقه صاحب الغاية حيث قال يعني كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا امره زيد مثلا اي يشتري بدين له على عمرو شيئا من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه انتهى وبين المعنيين تفاوت لا يخفى او يكون امر التصرف اي يدفع ما لا يملكه الا بالقبض قبلا اي قبل القبض متعلق بالصرف وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين والمعنى او يكون التوكيل المذكور امرا من رب الدين للمديون بدفع ما لا يملكه رب الدين الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى البائع والى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض وذلك باطل اي امر الانسان بدفع ما لا يملكه باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملك الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع فان التوكيل صحيح هناك لانه اي البائع يصير اولا وكيلا عنه اي عن الموكل في القبض تصحيحا للتصرف بقدر الامكان ثم يتملكه اي ثم يتملكه البائع فيصير قابضا لرب الدين اولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره وكل الموهوب له بقبضه وكذا اذا عين المبيع لان في تعيين المبيع تعيين البائع كما مر في صدر المسألة فصار كما لو عين البائع ومتى ابهم المبيع او البائع يكون البائع مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا قيل الشكل بما لو آجر حماما باجرة معلومة وامر المستأجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا امرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير ان يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح واجيب بان ذاك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان صاحب الحمام لا يجد الآجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر في القبض كذا في الكفاية وغيرها واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز ويجعل البائع وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز هٰهنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير كذا في العناية وبعض الشروح اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان البائع لو جعل هٰهنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بشرط اداء الثمن على الغير بل يكون اداء الثمن على المشتري بيد وكيله كما فيما اذا كان الموكل عين البائع واما ثانيا فلان النقود لما لم تتعين في المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور هٰهنا اصلا واما ثالثا فلانه لو كان عدم الجواز هٰهنا لكونه بيعا بشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه لما كان لقول البعض فيما مر آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري ارتباط بما قبله ولما كان لقول صاحب العناية في شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى فان امكن تخليص كلام البعض وحمل مراده بقوله كما اذا اشترى بدين على غير المشتري على المعنى الذي ذهب اليه البعض الشراح دون المعنى الذي ذهب اليه اكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب العناية فانه ذهب الى ما ذهب اليه الاكثر فتامل واجيب عن الاعتراض المذكور في بعض الشروح بوجه آخر ايضا وهو ان البائع لو صار وكيلا فانما يصير وكيلا في ضمن المبايعة ولا بد من ان يثبت المتضمن ليثبت المتضمن والمبايعة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت فيه بامر الآمر وانه يسبق الشراء وبخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لان الملك يتوقف الى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى وبخلاف ما اذا امره بالتصدق جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب قد ذكرناه في سياق دليلهما لانه اي الامر بالتصدق جعل المال لله تعالى والسائل الفقير وكيلا عن الله عز وجل في قبض حقه كذا في الكافي وغيره وهو معلوم اي الله تبارك وتعالى معلوم وكان تعيين البائع في المسألة الاولى واما مسألة التصادق في الشراء بان لا دين له عليه فلان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء عينا او دينا ولكن يتعينان في الوكالات فلما لم يتعينا في الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين كذا ذكره الامام المرغيناني والمحبوبي وقاضيخان وغيرهم

التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر وان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف

التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لا يثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بانه غير صحيح نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله يعني انما يهلك من مال المأمور الا اذا قبضه الآمر منه فانه اذا هلك حينئذ يهلك من مال الآمر لانعقاد البيع بينهما تعاطيا وكان ملكا في ملك الآمر قال الامام الزيلعي في التبيين ذكر في النهاية ان النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عندهما لان الوكالة وسيلة الى الشراء فيعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قال ابو حنيفة رح والتعليل الصحيح له ان يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه احالة بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر لانه مجهول وكان توكيلا للمدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف ولا يجوز الى هنا كلامه اقول فيه نظر اذ لا يلزمهما التعليل الذي ذكره ايضا اذ يجوز ان يقال من قبلهما ان عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضي عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه فانه لما لم تتعين النقود في الوكالات ايضا لم يكن لتعيين الآمر الالف التي على المأمور تاثير فيما امره من اشتراء عبد له حتى اشترى المأمور عبدا بالف كانت على ذمته مكان ذكر تلك الالف في التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فيصح التوكيل فقد اشار اليه المصنف في اثناء دليلهما حيث قال وكان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل فلا بد في تمام التعليل من قبل ابي حنيفة رحمه الله من المصير الى تعين النقود في الوكالات وان كان على قول بعض المشائخ كما فعله المصنف ره فلله دره في تدقيقه وتحقيقه قال محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف ومراده اي مراد محمد رح اذا كانت اي الجارية تساوي الفا يعني ان الحكم المذكور وهو كون القول قول المأمور فيما اذا كانت قيمة الجارية الفا لانه اي المأمور امين فيه اي في الخصوص المأمور به وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو اي المأمور ينكر والقول قول المنكر فان كانت اي الجارية تساوي خمسمائة فالقول للآمر لانه اي الوكيل خالف اي خالف الآمر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا وايضا فيه غبن فاحش فيضمن اي المأمور لانه لا يملك ان يخالف الآمر ولا ان يشتري بغبن فاحش قال اي محمد رح في الجامع الصغير وان لم يكن دفع اليه الالف واختلفا فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها اي قيمة الجارية خمسمائة فللمخالفة ولتحقق الغبن الفاحش كما مر آنفا وان كانت قيمتها الفا فمعناه اي فمعنى قول محمد رح فالقول قول الآمر انهما يتحالفان ويندفع بما قيل في شرح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان تلزم الآمر سواء كان المأمور اشتراها بالف او باقل منها لانه اذا اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل منها كان مخالفا الى خير وكل ذلك ملزم للآمر كذا في العناية وغيرها اقول بقي ههنا شيء وهو ان المذكور في قول محمد رح فالقول قول الآمر والتحالف مخالف له فكيف يكون هذا معنى ذاك والجواب الذي اشار اليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله وقد ذكر مسئلة يمين التحالف وهو يمين البائع لا تمشية ههنا كما لا يخفى على المتامل قال المصنف لان الموكل والوكيل في هذا اي في هذا الفصل ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ يعني اذا تحالفا يفسخ العقد الذي جرى بينهما اي بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمي فتلزم الجارية المأمور قيل ههنا مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن ثم وقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك واجيب بان في الاول سبقت الامانة المبادلة وما سبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال اي محمد رح في الجامع الصغير ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور اشتريته بالف

عمله شراء للموكل فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسألة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرناه وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والآمر بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر والله اعلم بالصواب **فصل في التوكيل بشراء نفس العبد**

وصدقه البائع اي بائع العبد المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف لا تحالف ههنا وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو اي البائع حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشأ العقد لزم الآمر فكذا ههنا وفي المسألة الاولى هو اي البائع غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه ووجب التحالف وقيل يتحالفان في هذه المسألة ايضا وهو قول الشيخ ابي منصور الماتريدي كما ذكرناه اي في المسألة الاولى من انهما يتنزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وهو موجب التحالف ولما استشعر ان يقال كيف قيل انهما يتحالفان وقد نص محمد في الجامع الصغير ان القول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع يعني ان محمدا رحمه الله تعالى ذكر معظم اليمين من يميني التحالف وهو يمين البائع اي المأمور لانه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمر حكما وانما قال ان يمين البائع الذي هو المأمور معظم يمين التحالف لانه مع هنا ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الآمر فمنكر وعلى المنكر اليمين في كل حال فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كان اعظم اليمينين ثم اذا وجب اليمين على المأمور وهو المدعي فلان تجب على الآمر وهو المنكر اولى كذا في الشروح قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما بين على هذا النمط هكذا ذكر المشائخ الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك فان قوله ان القول قول المأمور مع يمينه يدل على ان المأمور يصدق فيما قاله وفي التحالف لا يصدق واحد منهما فلو كان مراده التحالف لما كان كذلك انتهى كلامه قال والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر يعني ان بائع العبد بعد استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل والوكيل وقبله اي قبل استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما اي بين البائع والموكل بيع فلم يكن كلامه معتبرا فلا يصدق عليه اي على الموكل فبقي الخلاف بين الآمر والمأمور فيلزم التحالف قال المصنف وهذا اي القول بالتحالف قول الامام ابي منصور رحمه الله وهو اظهر وقال صاحب الكافي وهو الصحيح ولكن جعل الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير قول الفقيه ابي جعفر رحمه الله الصحيح قال الامام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا اذا تصادقا في الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل امرتني بالشراء بالف وقال الوكيل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه ويلزم العبد الوكيل لان الآمر يستفاد من جهته وكان القول قوله فلو اقاما البينة فبينة الوكيل اولى لما فيها من زيادة الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول يرد على ظاهره ان وضع هذه المسألة فيما اذا لم يسم عند التوكيل للعبد ثمنا فكيف يصح ان يقول الامام المحبوبي بعد ذلك هذا اذا تصادقا على الثمن ويمكن الجواب بان التصادق في الثمن خلاف التحالف فيه فيمكن تفسيره بان يتصادقا على تسمية الثمن المعين وبان يتصادقا على عدم تسمية الثمن اصلا وبالجملة يجوز ان يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث عدم تسميته والثاني هو المراد في قول الامام المحبوبي

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان ذكر في فصل على حدة كذا في العناية وكثير من الشروح واستشكله بعض الفضلاء بان الكلام لا يتناول الا المسألة الاولى ان اريد الشراء وكالة والا فالثانية فيحتاج الى ان يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء فيتناول الكلام المسئلتين معا واما الاحتياج الى ان يكون تقدير الكلام لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فامر ضروري على كل حال اذ لا معنى لان لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء الا ان يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك اذ نفس الشراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعا ثم اقول في استشكال ما في الشروح التوجيه الذي ذكروه لا يتناول المسألة الثانية بل انما يتمشى في المسألة الاولى لان شراء العبد نفسه من مولاه

قال: وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بألف ودفعها إليه فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء وإن لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين

إعتاقا على مال إن لو كانت شراؤه نفسه من مولاه لنفسه وأما إذا كان لغيره فلا والتوكيل في المسألة الثانية إنما هو شراء العبد نفسه من مولاه للموكل فإن وافق العبد أمر الآمر فشراؤه ليس بإعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض وإن خالف أمره فكون شرائه إعتاقا على مال لا ينافي كون التوكيل في تلك من مسائل فصل التوكيل بالشراء إذ المسألة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المأمور لأمر الآمر كما في كثير من مسائل هذا الفصل وغيره وأما التوكيل في المسألة الأولى فإنما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد فإذا وافق وكيله أمره فاشترى نفسه من مولاه له يصير ذلك الشراء إعتاقا على مال معنى وإن كان شراء صورة فيجري التوجيه المذكور في هذه المسألة دون الأخرى فكان قاصرا قال في النهاية ومعراج الدراية ثم إن الألف واللام في قول المصنف رح في التوكيل بشراء نفس العبد بدل الإضافة وتلك الإضافة إضافة المصدر إلى الفاعل والفاعل هو العبد بالنظر إلى المسألة الأولى أي توكيل العبد الأجنبي بشراء نفسه أي الأجنبي بالنظر إلى المسألة الثانية أي توكيل الأجنبي العبد بشراء نفسه انتهى وقال في العناية والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسألة الأولى وأن يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الأول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المص رح يتناولهما لأن الألف واللام بدل من المضاف إليه وجعل المصدر مضافا إلى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما وترك مثل أن يقول في توكيل العبد رجلا أو في توكيل العبد رجل انتهى أقول تناول قول المص رح فصل في التوكيل بشراء نفس العبد المسألتين على كلا التقديرين يكون على سبيل البدل وفي ذلك تعسف لا يخفى فالأوجه أن يقدر كل واحد من المضاف إليه والمتروك أمرا ما مثل أن يقول فصل في توكيل أحد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحد من المسألتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل قال أي محمد رح في الجامع الصغير إذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى أي من مولاي بألف ودفعها أي دفع العبد الألف إليه أي إلى الرجل الذي وكله فإن قال الرجل أي الوكيل للمولى اشتريته أي العبد لنفسه أي لنفس العبد فباعه على هذا أي فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه فهو حر أي فذلك العبد حر يعني صار حرا والولاء للمولى أي ولاء ذلك العبد للمولى لأن بيع نفس العبد منه أي من العبد إعتاق أي إعتاق على مال والإعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك كما أشار إليه بقوله وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه أي عن العبد حيث أضاف العقد إليه إذ لا يرجع عليه الحقوق أي لا يرجع إلى المأمور حقوق العقد لأنه متى أضاف العقد إلى العبد فقد جعل نفسه رسولا ولا عهدة على الرسول وإذا كان كذلك فصار كأنه أي العبد اشترى نفسه بنفسه أي بلا واسطة وإذا كان إعتاقا أي وإذا كان بيع نفس العبد إعتاقا لذلك العبد أعقب الولاء أي أعقب الولاء للمعتق فثبت أن العبد في هذه الصورة صار حرا وكان ولاؤه لمولاه وإن لم يبين للمولى أي إن لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد فهو عبد للمشتري يعني صار ملكا له لأن اللفظ أي لأن قوله اشتريت عبدك بكذا حقيقة للمعاوضة أي موضوع للمعاوضة دون الإعتاق وأمكن العمل بها يعني أن الحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن العمل بها إذا لم يبين أي إذا لم يعين فلم يقل اشتريت عبدك لأجل نفسه فيحافظ عليها أي فيحافظ اللفظ على الحقيقة فإن قيل لا نسلم أن العمل بالحقيقة ممكن ههنا لأنه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه قلنا قد أتى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر لأن ما وكل به كان من جنس الإعتاق على مال وما أتى به إنما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للآمر فينفذ عليه وسيجيء الإشارة من المصنف رح إلى نظير هذا في المسألة الثانية بخلاف شراء العبد لنفسه حيث جعل الإعتاق لتعذر العمل بالحقيقة لأن المجاز فيه أي في شراء العبد لنفسه متعين لأن العبد ليس بأهل أن يملك مالا فصار شراؤه نفسه مجازا عن الإعتاق أو لأن نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لأنه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه بإقراره والمال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي فلم يمكن العمل بالمعاوضة

واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هنالك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما ههنا فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء

فيجعل مجازا عن الاعتاق والمجوز معنى ازالة الملك فان البيع يزيل الملك بعوض الى آخر والاعتاق يزيله لا الى آخر واذا كان معاوضة يعني اذا كان العقد معاوضة فيما اذا بين للمولى يثبت الملك له اي للمشتري والالف للمولى اي والالف التي دفعها العبد للمولى الى المشتري حين ان كله يكون للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله اي مثل ذلك الالف ثمنا للعبد قوله ثمنا نصب على التمييز اي من جهة انه ثمن للعبد فانه اي الثمن في ذمته اي في ذمة المشتري حيث لم يصح الاداء لان المشتري ادى تلك الالف الى المولى من كسب عبده وكسب مال المولى فلا يقع ثمنا قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية قلت وفي كلام المص ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل انتهى فتامل بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره اي من غير العبد بان يوكل رجل اجنبيا اجنبيا لشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط بيانه اي بيان الشراء يعني لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي في وقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي يقع للموكل هناك اي في تلك الصورة على نمط واحد اي على نوع واحد هو المبادلة والنمط النوع والطريقة ايضا وفي الحالين اي حال الاضافة الى نفسه وحال الاضافة الى موكله المطالبة تتوجه نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ههنا اي فيما نحن فيه فاحدهما اي احد العقدين اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل اي لا مطالبة في الاعتاق على الوكيل لانه سفير والمولى عساه اي لعله لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتضرر به ويرغب في المعاوضة المحضة اي والمولى عسى يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان اعلم ان قول المص ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق فان محمدا رح ذكر فيه ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وكذا في كا الجامع الكبير وجه رواية الجامع ان توكله لشراء العبد للعبد كتوكله لشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا ههنا وعن عيسى بن ابان قال الصحيح ان الثمن على الثمن لان الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس لآمر من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل الا يرى ان المولى لو كان هو الذي امر الرجل ليبيع نفس العبد من العبد بالف درهم الى العطاء فباعه للوكيل بهذا لصفة يجوز البيع والالف عليه الى ذلك الاجل والذي يلي قبض الالف هو المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسئلة الثانية من المسئلتين اللتين يشتمل هذا الفصل فمن وكل عبدا لشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العبد العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضافه الى موكله فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل اي ففعل المولى ذلك فهو اي العقد والعبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اي العبد اجنبي عن ماليته لانها لمولاه حتى لو اقر بها لغيره لم يصح والبيع يرد عليه اي على العبد من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله لغيره من اموال المولى او التوكيل جنبي بشراء نفسه قال شمس الائمة انما صح هذا التوكيل فان العبد مخاطب له عبارة فلان كالحر وانما يصلح الحر ان يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار ان له عبارة صحيحة فكذلك العبد الا ان ماليته في يده استثناء من قوله لانه اجنبي عن ماليته يعني ان مالية العبد في يد نفسه حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فانه لو اراد البائع ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لان ماليته في يده لكونه مأذونا فصار كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن لكونها سالمة اليه قال تاج الشريعة فان قلت استثنا

فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر

عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز قلت الشرع لا يرد بالمحال و
كون المالية ههنا في يد البائع امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا تعتبر انتهى اقول كل واحد من سواله وجوابه منظور فيه اما
السوال فلان قوله كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في اثنائه وهذا السوال مخل بالمقصود لان حاصل هذا السوال ان التسليم الكائن فيما نحن فيه
لا يسقط حق الحبس لانه تسليم ضروري لا يمكن الاحتراز عنه وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وعلى تقدير ان لا يكون
قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم الى الموكل هناك فلا يكون نظير ما نحن فيه فالوجه ان يقال بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل توضيح المقام ان لنا كونين
في قبض الوكيل على ما مر احدهما ان قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم اليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس وثانيهما ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في
الابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه ان حبسه وصحة التنظير على القول الاول دون الثاني واما الجواب فلان الفرق بين كون مالية العبد في يد من
كون قبض الوكيل قبض الموكل بان الاول امر حسي لا مرد له والثاني امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر الثاني دون الاول مما لا يجدي طائلا في قطع مادة السوال المذكور
لان خلاصته منع كون التسليم ما نحن فيه مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لا منع تحقق التسليم فيما نحن فيه وكون مالية العبد مما لا مرد
له انما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى وانما تاثير الفرق المزبور بالنظر الى ما ادرجه في اثناء السوال المذكور من المقدمة
المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر الى ما هو المقصود وقال صاحب الغاية بعد ان ذكر ذلك السوال والجواب وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري
وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذ قام مكان لا يجعل في غيره الا بالاعتبار وجاز تركه
الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا ينفك عن نفسه فاذا اخرج نفسه عن ملك البائع فالمالية لا ينفك تسلمت اليه ولا حبس بعد التسليم الى هنا
كلامه اقول في كل واحد من نظره وجوابه الذي ستصحبه بحث اما في الاول فلان الامر الحسي الذي لا مرد له انما هو قبض الوكيل قبض الموكل واين هذا من ذاك فلم
يكن الامر بالعكس كما لا يخفى واما في الثاني فلانه ان اراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الامر فهو مع كونه ممنوعا في نفسه مناف
لما قاله سابقا في النظر من ان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وان اراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار اهل الشرع فللسائل ان يقول
لم لا يجوز ان يترك اهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل على ان حاصل هذا الجواب ايضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية
العبد بان الانفكاك جائز في الاول دون الثانية فتعين التسليم ههنا دون الاول وهذا انما يدفع منع تحقق التسليم ههنا وقد عرفت ان خلاصة السوال المذكور
منع كون التسليم ههنا مسقطا لحق الحبس لا منع تحقق التسليم ههنا فلا يتم ما ذكره جوابا عنه اللهم الا ان يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين ان تمايل
لما ذكره لا ان الصواب في الجواب عن اصل السوال ان يقال كذا لكنه بعيد عن انظار حق المقام والاشبه في تقرير ذلك السوال وتعيين الجواب عنه ما ذكره
صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى وكان كالوكيل له ولاية الحبس المبيع عن الموكل وان
كان يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس
الوكالة بان باع عبده لوكيل لا يشتري نفسه انتهى فاذا اضافه اي فاذا اضاف العبد العقد الى الامر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للامر فهذا نتيجة
الدليل تقريره ان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا
فالعبد اذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر ثم اعلم ان قوله في الكتاب فيقع العقد للآمر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت

اي يقع لنفسه فهو حر لا معاوضة ولذا يعني به المولى دون المعاوضة ما يعتق وكان وكيلا بشراء معين لكنه اتى بجنس تصرف آخر ومن مثله ينفذ على الوكيل وان قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

وهو يخالف ما ذكر في الجامع من ان اضافة العقد الى الموكل انما تفيد الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي
من فلان فقال بعت لا يتم حتى يقول العبد قبلت وهذا بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سيأتي فانه اعتاق على مال
٦ مقدر والواحد يتولى طرفي الاعتاق اذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قيل اذا اضاف العبد العقد الى
الآمر فمن الطالب بالثمن قلنا العبد لانه العاقد فيجب الثمن عليه الا انه يرجع به على الآمر فان قلت العبد قد يكون محجورا عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق
٦ قلت زال الحجر ههنا بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن وان عقد لنفسه اي ان اضاف العقد الى نفسه فقال
بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى لانه علم ان بيع العبد منه اعتاق دون المعاوضة اي لم يرض بها اذ لا يقع
العقد للآمر وان اشعر ان يقال العبد وكيل لشراء شيء بعينه فكيف استجاز ان يشتري لنفسه اجاب بقوله والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين لكنه
اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا وفي مثله ينفذ على الوكيل فان الوكيل بشراء شيء بعينه اذا خالف فاتى بجنس تصرف آخر ينفذ
على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان اي وكذا لو اطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان
المطلق يحتمل الوجهين يعني الامتثال وغيره فلا يقع امتثالا اي فلا يحصل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عمن
باشره قال صاحب العناية وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب
بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة وغير المتصور
كذلك واليه اشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى اقول هذا الجواب مما لا يكاد يصح ههنا لان الكلام الآن انما هو في مسئلة الاطلاق
عن الاضافة الى نفسه والى الموكل والقرينة المذكورة انما وجدت في مسئلة الاضافة الى نفسه وقول المصنف وقد رضي به المولى دون المعاوضة
انما وقع وقد تقدم ذكرها وليس ذلك بمورد الاعتراض فلا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه اصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة الى نفسه التي جعلت
قرينة ههنا الاضافة المارة في المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله لنفسي بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي وهذه الاضافة موجودة
في مسئلة الاطلاق ايضا لانا نقول هذه الاضافة لا تصلح ان يكون قرينة للمجاز اذ لا شك ان مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة بل يحتمل
ان يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الاعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة بل الثاني هو الظاهر نظرا الى الحقيقة وقال صاحب العناية
لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا ينافي الاكارة والترجيح
من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح اذ لا اضافة الى نفسه فيما نحن فيه لان وضعه فيما اطلق ولم يضف
الى احد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة الى نفسه وايضا ان اراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انها خارجة عن مفهوم مجموع
اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي واين توجد الاضافة الى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز وان اراد بذلك انها خارجة
عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيئا لان وضع المسئلة في اطلاق مجموع ما صدر عن العبد في هذه
الصورة عن صورتي الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور وبالجملة
لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الالباب والجواب الصحيح عن اصل المعارضة ما ذكره صاحب الغاية

فصل في البيع قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة

والكفاية حيث قالا فان قيل ينبغي ان يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان اللفظ حقيقة في الاصل ظاهرة وبين الحقيقة والمجاز ينبغي ان يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء للموكل كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع للعبد كان معمولا بمجازه لانه غير موضوع للاضافة بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة اصالة الحقيقة جهة اصالة اخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو ان لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض او نقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة انتهى

فصل في البيع لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع واذكر لتقديم فصل الشراء فهو وجه فصل البيع ههنا كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول قد ذكر في هذا الفصل كثير من احكام التوكيل بالشراء ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده الخ فان الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فان الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء ومنها قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ فان الحكم فيه ايضا حكم التوكيل بالشراء فقولهم لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع محل مناقشة ويمكن الجواب بنوع عناية فتامل قال اي القدوري في مختصره والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له اي وسائر من لا تقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته وعبده ومكاتبه صرح القدوري في مختصره بهذه الامثلة الا ان المصنف رح اجمل فقال بدلها ومن لا تقبل شهادته له قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته له مثل ابيه واخيه اقول في تمثيله الثاني خبط ظاهر فانه تقبل شهادة الاخ لاخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله والمراد بعدم البيع والشراء هو لا عند ابي حنيفة رحمه الله عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة سواء اما اذا قيد الوكالة بعدم التهمة بان قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه او من ابنه الصغير حيث لا يجوز وان قال ذلك كذا صرح به في المبسوط ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة قال بعضهم تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره عن الشراء لا لنفيه خلاف الشراء وقال صاحب النهاية خص قوله في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة وكذلك في شرح الطحاوي وكان فيه اشارة الى انه لا يجوز عندهما البيع بالغبن اليسير والا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة ولكن ذكر في الذخيرة ان البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة رح روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز عند ابي حنيفة رح وبيعه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رح باتفاق الروايات فابو حنيفة رح فرق على رواية الوكالة والبيوع بين الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه فان قيل ما وجه الفرق لابي حنيفة رح على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر مع ان له قبل ظهور الربح حكم الوكيل اجيب بان وجهه ان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وقد يكون نائبا محضا في بعض الاحوال فاشبه المستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب لم يجز تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل

لا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يده للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف

وان كان بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه فانه لا يجوز عندهما ايضا قيد في المبسوط بقوله الا من عبد والذي لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه اشارة الى انه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عندهما لشبهه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال بعض الفضلاء فيه تامل فان العبد الذي عليه دين محيط ما في يده ملك لمولاه عند ابي يوسف ومحمد رح فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى اقول نعم ان العبد الذي عليه دين محيط بماله ورقبته يملك مولاه ما في يده عندهما الا انه يتعلق به حق الغرماء حتى لو اعتق مولاه من كسبه عبدا يعتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء واما عند ابي حنيفة رح فلا يملك مولاه ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لا يعتق فمائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما ايضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن ان ينتزعه من يده ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين من مولاه شيئا من اكسابه وبيع مولاه منه شيئا من امواله عندهم جميعا ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيئا من مولاه ولا بيع مولاه شيئا منه عندهم اصلا وسيكشف ذلك كله في كتاب المأذون فقوله في المبسوط لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه ان كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه بخلاف العبد المديون قال المص رح في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه وكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان تكون من حيث ايثار العين او من حيث ايثار المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلما ذكره بقوله اذ الاملاك متباينة الا يرى انه يحل للابن وطي جارية نفسه ولا يحل له وطي جارية ابيه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته جارية مشتركة لما حل له وطيها كما لا يحل له وطي جارية ابيه والمنافع منقطعة لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع وان كان الامر كذلك فلا نفع له من حيث ايثار العين فلا تهمة واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة فلا ينتفع بها فاذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي بخلاف العبد يعني الذي لا دين عليه لما عرفت لانه بيع من نفسه اي لان بيع الوكيل من مثل ذلك العبد بيع من نفسه لان ما في يد العبد اي ما في يد مثل ذلك العبد للمولى اي ملك خالص للمولى لا حق فيه للغير فصار البيع منه بيعا من نفسه والبيع من نفسه لا يجوز لان الواحد اذا تولى طرفي البيع كان مستزيدا ومستنقصا ومسلما ومتسلما ومخاصما في العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب حتى لا تصح تبرعاته ولا تزويج عبده وينقلب حقيقة بالعجز يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فصار كالعبد وله اي ولابي حنيفة رح ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت مواضع امانة وهذا اي ما نحن فيه موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة اي فيما بينهم ولان المنافع بينهم متصلة لان كل منهم ينتفع بمال صاحبه عادة فصار بان كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه فصار اي بيع الوكيل من هؤلاء بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين قال صاحب العناية في شرح دليل ابي حنيفة رح ههنا ولابي حنيفة رح القول بالموجب اقول ليس الامر كذلك لان القول بالموجب على ما تقرر في كتب الاصول التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف وههنا ليس كذلك لان حاصل التعليل المذكور من قبلهما ان التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الاملاك وانقطاع المنافع وحاصل ما ذكر من قبله ان التهمة متحققة والمنافع متصلة والظاهر ان هذا منع لما علل به من قبلهما الا تسليم التزام فلم يكن له من القول بالموجب في شيء نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهي ان التعليل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فليس تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى قال المص رح والاجارة والصرف على هذا الخلاف يعني ان الوكالة بالاجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والصرف شرط فيه

قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله ان التوكيل بالبيع مطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح على ما هو المروي عنه

عرى عنها غيره وكان مما نظن عدم جوازه مع جوازه بالاجماع فبين ان الحكم فيها كالحكم فيما سواها كذا في الشروح اقول السلم ايضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير فكان الاحسن ان يذكره المصنف رح معها كما قال في الملتقط حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور والسلم والصرف والاجارة على هذا الخلاف قال اى القدوري في مختصره والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح ويجوز بيعه باجل غير متعارف ايضا عنده صرح به في الذخيرة وغيرها ولقب هذه المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع باى ثمن كان وباى ثمن كان والى اى اجل كان متعارفا وغير متعارف كذا في الفوائد وقالا اى ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه اى لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير اى لا يجوز الا بالنقود وكذا لا يجوز بيعه عندهما الا باجل متعارف قال في الذخيرة واذا باع باجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا الثلاثة وان باع باجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة او ما اشبه ذلك فعلى قول ابي حنيفة رح يجوز وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح لا يجوز قال انما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد فاما اذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو ان يقول بع هذا العبد فاني احتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له ان يبيع بالنسيئة انتهى قال المصنف في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف اى بما هو متعارف بين الناس لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها اى فيتقيد التصرفات بمواقع الحاجات والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا اى ولاجل تقييد التصرفات بمواقعها يتقيد التوكيل بشراء الفحم وفي بعض النسخ اللحم مكان الفحم لكن الفحم اليق لقران قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة الى اللحم كذا في النهاية ومعراج الدراية والجمد بسكون الميم الماء الجامد وهو واحد من الماء وكان فيه تسمية للاسم بالمصدر كذا في الصحاح والديوان والاضحية بزمان الحاجة متعلق بتقييد التوكيل بشراء هذه الامور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبشراء الجمد بايام الصيف وبشراء الاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الامر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه ظاهر وهبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وهو وكيل بالبيع دون الهبة وكذا المقايضة اى البيع بالعرض بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله اى فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة مطلق اسم البيع المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة رح ان الوكيل بالبيع مطلق اى غير مقيد بشيء فيجري اى يجري المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة رح القول بالموجب اى سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة اقول هذا لا يقع ما قاله في المسئلة الاولى اذ لم يقل الخصم ههنا فقط ان التوكيل بالبيع مطلق بل قال ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف يعني ان ما هو في صورة الاطلاق من الامر فهو مقيد في الحقيقة بالمتعارف فلم يقع منه الحكم بان التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع او التسليم فلا يتصور ان يكون ما ذكر من قبل ابي حنيفة رح ههنا قولا بالموجب بتسليم ان التوكيل بالبيع مطلق والحق ان حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الامر ههنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم اجراء المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة وان حاصل معنى قوله والبيع بالغبن او بالعين اى العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم اى السامة من العين تنزل في الجواب عن المنع المذكور يعني سلمنا ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن للتجارة رابحة او لغيرها وعند التبرم من العين وفي هذا ايماء الى تعلية الثمن كثرة وتقليل الثمن عرضيته وكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لاحد الخصمين على الآخر والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح اى المسائل المستشهد بها من قبل الخصم

وهي مسائل شراء اللحم والجمد والاضحية ليست بمسلمة على قول ابي حنيفة بل هي مروية على قول ابي يوسف مع على ذلك لوجه ما قصد ابي حنيفة في شرحه

فلا نسلم انها لا تتقيد بزمان الحاجة قال في غاية البيان ولئن سلمنا انها تتقيد على قول ابي حنيفة ايضا فنقول انه تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان

الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان كان الموكل

ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين او تربص الجمد كالفقاعيين لا يتقيد التوكيل كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذا التوكيل بالاضحية تتقيد بايام

النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك السنة انتهى وقال في الكافي وانه تعلق في حق الوقت [illegible]

الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعام انتهى وكذا ذكر في الكفاية ايضا واما اي البيع بالغبن فبيع من كل وجه جواب عن قوله لان

البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعني لا نسلم انه كذلك بل هو بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به اي بالبيع بغبن فاحش فلما جعل بيعا

في حق اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض عليه بانه لا يلزم من جريان العادة في اليمين نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لو حلف لا يأكل

لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما ينصرف على ما يباع

في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم ان مبناه على العرف وقد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك اما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه

بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر كذا في العناية اخذا من النهاية اقول في الجواب بحث لان حاصل الاعتراض باختلاف

العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بان البيع بغبن فاحش لا يخرج عن كونه بيعا حقيقة ولا عرفا غير دافع له فان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من

وجه فهو مسلم لكن لا يحصل به الجواب عما قاله والكلام فيه وان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من كل وجه فهو ممنوع اذ هو اول المسألة حيث لا يقول رحمه الله

بمعنى انه بيع من وجه وهبة من وجه ونحن بصدد الجواب عنه بمسألة اليمين فاذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع كان

الجواب عنه المصير الى الاصل المتنازع فيه غير [illegible] قوله بخلاف الاب والوصي لا يملكانه جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش بيعا من كل وجه

لملكه الاب والوصي يعني ان الاب والوصي انما لا يملكان البيع بغبن فاحش مع انه بيع اي من كل وجه لانه لا ولاية لهما اي لا ولاية للاب والوصي على الصغير

بشرط النظر في امر الصغير بالشفقة وايصال النفع اليه ولا نظر فيه اي في البيع بغبن فاحش والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه

وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه يعني لا نسلم ان المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه

منهما قال صاحب العناية وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع فكان كل واحد

بيع من كل وجه وشراء من كل وجه اقول فيه خلل اما اولا فلانه لا يخفى على احد ان المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل

المقابل للشراء وهو وصف البائع وان المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف المشتري والحد المذكور اعني مبادلة

المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب انما هو حد البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الايجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل

من قوله لوجود حد كل واحد منهما واما ثانيا فلان قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد ان حمل مراد

والشراء يقتضي ان يكون كل المبادلات الغير الاضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه اذ لا يخلو شيء منها عن صدق هذا الحد

ولم يقل به احد قطعا اعترض بعض الفضلاء على وجه آخر ههنا قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث

والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه في حق كل واحد منهما

بالمقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى اقول هذا ساقط لان المقابلة والعوض لا ينافي تناول الحد المذكور الشراء فان المقابلة والمعاوضة تتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما بقي حديث دخول الباء على الثمن ويجيء الكلام فيه قال صاحب العناية ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوسلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة انتهى اقول هذا هو الصواب وان كان مقتضى تحريره ان يكون ضعيفا عنده الا ان المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة انهما صادقان على بدلي المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات فان صدق البيع بالمعنى المذكور في سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيستفاد ما قاله بعض الفضلاء بعد قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات فمن تقريره قصور انتهى فتدبر ثم قال صاحب العناية فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع العين باعتبارين بتعيين كل منهما باطلاق لفظ محقق عليه وبذلك تميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى اقول وفيه خلل لان حاصله ان معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار بتعيين كل منهما باطلاق لفظ محقق عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح اما اولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة ان لفظ البيع ولفظ الشراء من الاضداد ويطلق كل منهما على كل من معنى البيع والشراء وصرح به في اول كتاب البيوع حتى صرح نفسه ايضا هناك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا وقال يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه واذا كان كذلك فكيف يتيسر تخصيص احد اللفظين المذكورين باحد المعنيين المذكورين وكيف يتصور تعيين احد هذين المعنيين باطلاق احد ذينك اللفظين عليه ولا شك ان ما هو من الاضداد يصح اطلاقه على كل من معنييه على ان اتحاد معنى البيع والشراء بالذات مما لم يقل به احد من الثقات ولا يرى له وجه سديد واما ثانيا فلان البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد ايضا بالتعاطي كما تقرر في البيوع وفي صورة التعاطي لا يلزم اطلاق لفظ على شيء منهما فكيف يتم قوله بتعيين كل منهما باطلاق لفظ محقق عليه وبذلك تميز البائع على المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء واما ثالثا فلانه لو تعين كل منهما بلفظ محقق وامتاز به البائع عن المشتري لكان العاقد من احد المتعاقدين بيعا ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هي حينئذ اما بيع واما شراء لا غير اللهم الا ان يحمل المراد بكونها بيعا وشراء من كل وجه على انها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد واما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف ثم ان تفريع على ما ذكره سقوط بعض ما قيل ههنا ولما لم يصح الاصل كما عرفته لم يصح الفرع ايضا لان صحة الفرع فرع صحة الاصل كما لا يخفى واعلم ان ههنا اسئلة واجوبة يستدعي بسطها تحقيق المقام فنقول ان قيل من المحال ان يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة ولو قلنا بان بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه في ذلك الوقت لزم هذا المحال قلنا انما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى عرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى عرض صاحبه وانما قلنا هكذا لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما باولى من الآخر في ان يجعل هو مبيعا او ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر فان قيل لانم عدم الاولوية في احدهما لانه لا بد من ادخال الباء في واحد منهما لتحقيق الصاق البدل بالبدل وما دخل عليه الباء متعين للثمنية لما عرفت ان الباء تصحب الاثمان فيتعين الآخر لكونه مبيعا بحاله قلنا قد ذكر في اوائل كتاب البيوع ان الباء تعين ما دخلت عليه للثمنية اذا كان ذلك الشيء من المكيلات والموزونات من غير الدراهم والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء او لم تدخل والعروض متعينة للمبيعية سواء دخلت عليها الباء او لم تدخل واما المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تعين للثمنية كما اذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة واما اذا لم يدخل عليها الباء فلا يتعين لها ايضا ثم كلامنا ههنا في بيع المقايضة وهي تنبئ عن المساواة يقال

قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر

فيصار اي مسائل بان وكان كلا البدلين متعينا فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا وان قلت الباقي امر هما
فان قيل اذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن اي وجه رجح ابو حنيفة رح جانب البيع فيه لهذا البيع على الآمر عنده اذا باع او بيع
بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش قلنا رجح هو جانب البيع استدلالا بما ذكر في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من ان جانب البيع
يترجح على جانب الشراء في البيع بعرض الا يرى ان احد المتفاوضين لو اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال
المفاوضة توقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف ايضا حتى لو كان تصرفه كان على المفاوضة فعرفنا ان جانب البيع يترجح فيه كذا في النهاية
ومعراج الدراية فان قلت كما ان كل واحد من عاقدي عقد المقايضة بائع بالنسبة الى عرض نفسه مشتر بالنسبة الى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدي
عقد الصرف بائع ومشتر لما ان عقد الصرف بيع والبيع لابد له من مبيع وثمن وليس احد البدلين اولى من الآخر في جعله مبيعا او ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا
وثمنا ثم الغبن الفاحش يتحمل في بيع المقايضة على قول ابي حنيفة رح في ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكر في الذخيرة والمبسوط ولا يتحمل في بيع الصرف
على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر في باب الوكالة في الصرف من صرف المبسوط فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما في العلة قلت الفرق بينهما انما نشأ
من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش ههنا ايضا وذلك لان تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش انما لا ينفذ على الموكل
للتهمة فان من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن اراد ان يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود ههنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به
في المبسوط واما في بيع المقايضة فليس للوكيل ان يبيع من نفسه ولا ان يشتري لنفسه عرضا آخر بمقابلة عرض الموكل فلم يرد التهمة التي وردت في حق
الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك في ظاهر الرواية على قول ابي حنيفة رح وذكر في الذخيرة ان الوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز
بلا خلاف لان الغبن على قول ابي حنيفة رح ان كان يجوزه باعتبار انه بيع من وجه لا يجوزه باعتبار انه شراء من وجه الا ان الشراء اصل في هذا العقد لان
الثمنية في الدراهم والدنانير اصل والعبرة للاصل فكان شراء من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل في الشراء بالاتفاق كذا في النهاية قال صاحب العناية
ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز فيه ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى اقول فيه نظر لان موكله انما لا يملك البيع بالاقل
فيما اذا اتحد البدلان في الجنس واما اذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر في كتاب الصرف ولا يخفى ان عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بالغبن على قول الكل باتفاق
الروايات غير منحصر في صورة اتحاد الجنس بل يعم صورتي اتحاد الجنس واختلافه بل المسئلة مصورة في صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه وان وكله
بالف درهم ليصرفها له بالدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز ذلك على الآمر انتهى فتلزم النقض بهذه الصورة قطعا ويكفي في ورود السؤال على ما ذكر في
الكتاب ولعمري ان صاحب العناية قد خرج في شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب نبه في تقريره علينا ما اختاره من ذلك قال في آخر كلامه فعليك بمنادبه وتطبيقه
على ما في الكتب ما اخطأ العين البصير بجهد النقيدي لتلافيه ان شاء الله تعالى قال اي القدوري في مختصره والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة
يتغابن الناس في مثلها وهي الغبن اليسير ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله وهو الغبن الفاحش قال في شرح الاقطع وعن ابي حنيفة رح رواية اخرى انه
يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر كذا في غاية البيان حل المحل ما في الكتاب بقوله لان التهمة فيه اي في الشراء متحققة فلعله اي فلعل الوكيل اشتراه اي
اشترى الشيء الذي وكل به لنفسه اي لاجل نفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره وهو الموكل على ما مر اشارة الى ما ذكره في فصل الشراء بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه
لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر انتهى والتهمة في باب الوكالة معتبرة لان الوكيل بالشراء يجب الثمن في ذمته ثم يثبت له في ذمة آمره

حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده

والانسان متهم في حق نفسه فلا يملك ان يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل في ملكه بازائه ما يعدله ولهذا قال لو اشتريت وقبضت وهلك في يدي فمات الثمن لم يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندي كان القول قوله ولان امره بالشراء يلاقي ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر اطلاق امره فيه بخلاف البيع فان امره يلاقي ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لا يقصد ذلك فحملناه على اخص الخصوص وهو الشراء بالمعتاد بثمن يسير وفي جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط على شئ سوى المبيع الذي رضي بزوال ملكه عنه وهذه فروق اربعة بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بالشراء في الغبن الفاحش ذكرت في كتاب البيوع من المبسوط حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا اي المشائخ ينفذ على الآمر اي ينفذ العقد على الآمر وان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة لانه اي الوكيل لا يملك شراءه اي شراء ذلك الشئ المعين لنفسه وارادوا بقوله قالوا عامة المشائخ فان بعضهم قال تحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا تحمل فيه اليسير ايضا كما في الذخيرة وغيرها وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه اي زوج موكله امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده اي عند ابي حنيفة رح ذكره محمد رح في الاصل في اول باب الوكالة في النكاح حيث قال واذا وكل رجل رجلا ان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه فهو جائز فان زاد على مهر مثلها فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز وان زاد اكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا ان يرضاه وان وكل رجل رجلا ان يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته لا يشبه هذا الشراء لو امره ان يشتري عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر الى هنا لفظ الاصل قال المص رح في تعليل ما في الكتاب لانه اي الوكيل بالنكاح لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد اي في عقد النكاح فلا تتمكن هذه التهمة اي تهمة ان يعقده لنفسه ثم يلحقه بغيره ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد اي لا يضيفه الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان يعني يجوز له الاطلاق ولا يجب عليه الاضافة الى الموكل فيتمكن تلك التهمة قال شيخ الاسلام خواهرزاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد كالعبيد والدواب ونحو ذلك واما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما فاذا زاد الوكيل على ذلك لا يلزم الآمر وان قلت الزيادة كالفلس مثلا قال في بيوع التتمة وبه يفتى والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين هذا لفظ القدوري في مختصره ويفهم منه ان مقابله ما يتغابن فيه قال في الذخيرة تكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش والصحيح ما روي عن محمد رح في النوادر ان كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش قال واليه اشار في الجامع في تعليل مسئلة الركوة قال المص رح وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده اعلم ان ظاهر سوق الكلام ههنا يشعر بان يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش لان صريح ما ذكره سابقا كان تفسير الغبن الفاحش فاذا قال بعده وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه ان يكون هذا ايضا تفسير للغبن الفاحش واما الذي تقتضيه التطبيق بما في سائر المعتبرات ان يكون مراده بذلك تفسير الغبن اليسير ومن هذا كان الشراح ههنا فرقتين فمنهم من ترددوا في تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن لم يكن احد منهما يقبل الا من عند نفسه ومنهم من جزم بالثاني فقال اي ما بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر وقال الشارح الكاكي من هذه الفرقة وكان قوله تمثيل مطوقا على تفسيره لما لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا والحق عندي ان يكون ذلك تفسير الغبن اليسير لانه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء وعامة المشائخ في كتبهم المعتبرة ومنهم الامام البارع علاء الدين الاسبيجابي فانه قال في شرح الطحاوي ويروى عن نصير بن يحيى انه قال قدر ما يتغابن الناس في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده انتهى ومنهم الشيخ ابو المعين النسفي

لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح ان في الشراء

فانه قال في شرح الجامع الكبير اختلف المشايخ في حد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير ومنهم من قال ذلك مفوض الى راي القاضي ومحمد رح قدر في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير به وهم ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه ابو القاسم بن شعيب يحكي عنهم انهم قدروا اليسير في العقارات بده دوازده وفي الحيوان ده يازده وفي العروض ده نيم انتهى كلامه الى غير ذلك من الائمة الكبار المتقنين حيث جعل ذلك تفسير الغبن اليسير هذا وانما كان التقدير في الاقسام المذكورة على الوجه المذكور لان التصرف يكثر وجوده في الاول وهو العروض ويقل في الآخر وهو العقارات ويتوسط في الاوسط وهو الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف لان الغبن يزيد لقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها تبعة التصرف وكثرته ثم ان عشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعلت اصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة كان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر فيه ضعف ضعفه قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا وكله اي وكل رجلا ببيع عبد اي ببيع عبد له وفي بعض النسخ ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح انما وضع المسئلة في العبد ليترتب عليها الاختلاف المذكور وانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح قال المصنف ره لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه ونور ذلك بقوله الا ترى انه لو باع الكل اي كل العبد بثمن النصف يجوز عنده اي عند ابي حنيفة رح فاذا باع النصف به اي بذلك الثمن اولى اي فهو اولى لان امساك البعض مع بيع البعض بمقدار الثمن انفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن وانما قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا فان قيل انما جاز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة واما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فينبغي ان لا ينفذ على الموكل قلنا ضرر الشركة اقل واهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فاذا جاز ذا على قوله فلان يجوز ذاك وهو اهون اولى وقالا لا يجوز اي لا يجوز بيع نصف ذلك العبد لانه غير متعارف يعني ان التوكيل ببيع العبد ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة لانها عيب الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما اي الموكل والوكيل لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه اي البيع الاول وقع وسيلة الى الامتثال واذا لم يبع الباقي ظهر انه اي البيع الاول لم يقع وسيلة الى الامتثال فلا يجوز وهذا اي كون البيع موقوفا الى ان يبيع النصف الآخر قبل الخصومة استحسان عندهما اذ القياس ان لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف كذا في معراج الدراية وقال الامام الزيلعي في التبيين قولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة والمعنى الاول انسب بعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا الشقص السهم من الشئ والنصيب كذا في المغرب فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه اي شراء البعض وسيلة الى الامتثال فينفذ على الآمر لانه يصير كانه اشتراه جملة قال الشراح وهذا اي جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء موقوفا بالاتفاق بين ائمتنا الثلثة ثم اختلف ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في التوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فقال ابو يوسف رح ان اعتقه الآمر جاز وان اعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد رح ان اعتقه الوكيل جاز وان اعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف رحمه الله يقول خالف العقد موقوف على اجازة الموكل الا يرى انه لو اجازه صريحا نفذ عليه فالاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراء غيره ونفذ على اجازته فلم ينفذ اعتاقه ومحمد رح يقول انه قد خالف فيما امره به وانما التوقف على اجازته عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان اشترى الباقي فيرتفع الخلاف وقيل ان اشترى بقي مخالفا فاذا اعتقه الآمر لم يجز كذا في النهاية والكفاية نقلا عن الايضاح والفرق لابي حنيفة رح اي بين البيع والشراء ان في الشراء

يتحقق التهمة على ما مر وان الامر بالبيع يهادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق **قال** ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقراره فانه يرده على الامر

يتحقق التهمة على امر اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ يعني ان التهمة متحققة في الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحيثية وآخر اي وفرق آخر لابي حنيفة رح بين البيع والشراء ان الامر بالبيع في صورة التوكيل بالبيع يصادف ملكه اي ملك الامر فيصح اي الامر بالبيع لولاية الامر على ملكه فيعتبر فيه اطلاقه اي اطلاق الامر والامر بالشراء في صورة التوكيل بالشراء صادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح اي الامر بالشراء فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي تقييد الامر واطلاقه فيعتبر فيه التعارف والمتعارف فيه ان يشتري العبد جملة كذا في العناية وهو الذي يساعده ظاهر لفظ المصنف قال صاحب العناية بعدما اكتفى بهذا القدر من الشرح ولقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى هنا كلامه اقول في الجواب بحث وهو ان حاصله انا لم نعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل فيتجه عليه ان مقتضى هذا ان لا يعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالبيع ايضا لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك فان قلت لم يعمل بالقياس في صورة الشراء فلو لم يعمل بالعرف ايضا لزم ابطال الدليلين ايضا بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على ان الامر فيها صادف ملك الامر قلت لا تاثير لهذا الفرق ههنا لانا انما تركنا القياس في صورة الشراء بالنص وهو اقوى من القياس فبقي الكلام في العرف فلو جاز تقييد الاطلاق به في صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الامكان لجاز تقييده في صورة البيع ايضا بناء على ذلك وقال صاحب غاية البيان في شرح الفرق الثاني ان الامر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الامر فصح امره لولايته على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق فاما الامر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الامر مقصودا لانه لا ملك للآمر في مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتادى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقي قبل ان يختصما فيجوز على الامر لانه حصل مقصوده انتهى اقول هذا القدر من البيان وان كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المصنف الا انه حينئذ لا يتوجه السؤال الذي ذكره صاحب العناية ولا يحتاج الى ما ارتكبه في جوابه كما لا يخفى على المتامل **قال** اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وسلمه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه اي على البائع المشتري بعيب لا يحدث مثله اي لا يحدث مثله اصلا كالاصبع الزائدة والسن الشاغية ولا يحدث مثله في مثل هذه المدة بقضاء القاضي متعلق برده اي رده بقضاء القاضي وهو احتراز عما اذا كان الرد بغير قضاء كما سيأتي ببينة متعلق بقضاء القاضي اي بقضاءه ببينة المشتري او باباء يمين اي او قضاءه باباء البائع عن اليمين عند توجهها اليه او باقراره اي قضاءه باقرار البائع فانه اي البائع وهو المامور يرده اي يرد العبد الذي رد عليه على الامر بلا حاجة الى خصومة اذ الرد على الوكيل في هذه الصورة رد على الموكل فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب فلا حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فبقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول كذا في النهاية وكثير من الشروح واجاب صاحب الغاية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال فان قلت ان كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضاء القاضي فما فائدة ذكره قلت الكلام وقع في الرد على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضاء لا يرد

لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتأويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد

على الموكل وان كان عيبا لا يحدث مثله في عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة اذن فافهم واغتنمه انتهى كلامه اقول هذا الجواب ليس بشيء اذ به لا يحسم عرق السؤال لان تلك الفائدة مترتبة على وقوع القضاء اي حاصلة بعد حصوله وكلام السائل في سبب وقوع القضاء ابتداء يعني ان القضاء انما شرع لفصل الخصومات ودفع المنازعات ولا شك ان فصل الخصومة ودفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة فيما اذا اقر الوكيل بالعيب لا خصومة ولا منازعة فلا حاجة الى القضاء راسا فما هي سبب يقع القضاء حتى يترتب عليه تلك الفائدة فالجواب الثاني هو الاولى لان امتناع المقر بالعيب عن قبول العيب يقتضي الاحتياج الى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع اذ الكلام في عيب لا يحدث مثله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج يعني البينة والنكول والاقرار قال جماعة من الشراح هذا جواب عن سؤال سائل وهو ان يقال لما كان العيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة لم تتوقف قضاء القاضي على وجود هذه الحجج بل ينبغي ان يقضي القاضي بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البائع فاجاب بان قال فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج الخ اقول لا يذهب على من له ذوق صحيح ان معنى هذا الكلام وان كان صالحا لان يكون جوابا عن ذلك السؤال الا ان تفريع قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج على ما قبله بادخال الفاء عليه يأبى ذلك جدا لان منشأ السؤال ما قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه وكان صاحب النهاية تنبه لهذه البشاعة حيث قال في شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج هذا الذي ذكره دفع لسؤال سائل فقرر السؤال بالوجه المذكور ثم لما جاء الى تقرير الجواب قال فاجاب عنه بقوله وتأويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم الخ فجعل الجواب قوله وتأويل اشتراطها في الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج لكن لا يجدي ذلك طائلا اما اولا فلانه قد اعترف ابتداء في شرح قوله فلم يكن قضاؤه الى آخره بان هذا دفع لذلك السؤال واما ثانيا فلانه لا مجال لاخراج قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج عن جواب ذلك السؤال وادخاله في التعليل السابق لان التعليل المذكور قد تم بدون القول المزبور والجواب عن ذلك السؤال لا يتم بدون هذا كما لا يخفى واما صاحب معراج الدراية وغيره لما رأوا معنى الكلام بمقتضى المقام غير قابل للصرف الى غير ذلك صرحوا بان قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الخ جواب عن ذلك السؤال ولكن لم يتعرض احد منهم لبيان نكتة الفاء فتلخص مما ذكرنا انه لو قال المصنف ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه اسلم وادق وتأويل اشتراطها اي اشتراط هذه الحجج في الكتاب يعني الجامع الصغير ان القاضي يعلم انه اي العيب المذكور لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه اي على القاضي تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج اي واحدة منها لظهور التاريخ اي لاجل ظهور التاريخ عنده حتى يتبين ان هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه او كان عيبا اشارة الى تأويل آخر اي او كان العيب الذي يريد المشتري الرد به عيبا لا يعرفه الا النساء كالقرن والفرج ونحوه او الا الاطباء اي او عيبا لا يعرفه الا الاطباء كالدق والسعال القديم وقولهن اي قول النساء وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة للمشتري لا في الرد اي ليس بحجة في الرد على البائع فيفتقر اي القاضي اليها اي الى الحجج المذكورة في الرد على البائع اقول في هذا التأويل نظر اذ على هذا لا يتم قول المصنف فيما مر آنفا فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج والاحتياج الى التأويل انما كان لاجل تتميم ذلك بل على هذا لا يتم جواب اصل المسئلة ايضا اذ ينبغي حينئذ ان يكون الجواب في الرد على المأمور بعيب لا يحدث مثله مثل الجواب في الرد عليه بعيب يحدث مثله في صورة ان كان ذلك باقرار لانه لما لم يكن قول النساء ولا قول الاطباء حجة في حق الرد كان القاضي فيه مفتقرا الى احدى الحجج المذكورة فيما لا يحدث مثله ايضا فكان قضاؤه على المأمور باقراره قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المأمور اليها فينبغي ان لا يتعدى الى الآمر بعين ما ذكروا فيما يحدث مثله فتأمل ثم ان صاحب الكافي زاد ههنا تأويلا ثالثا وقدمه على التأويلين الذين ذكرهما المصنف حيث قال ومعنى شرط البينة والنكول والاقرار انه اشتبه على القاضي ان هذا العيب قديم ام لا ولم يعلم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا

حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر قال فان كان ذلك باقرار لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء باقرار والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما

ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء كالقرن في الفرج ونحوه وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد انتهى وذكره صاحب غاية البيان ايضا اقول ذلك التاويل مما لا يرى له وجه صحة ههنا لان الكلام في الرد بعيب لا يحدث مثله والعيب الذي يشتبه على القاضي انه قديم ام لا مما يحدث مثله اذ لا شك ان المراد بما يحدث مثله ما يجوز ان يحدث مثله عند المشتري لا ما تيقن حدوثه عنده والا لما صح رده على البائع ولو بحجة وان المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز ان يحدث مثله عند المشتري فالذي يشتبه انه قديم ام لا مما يجوز ان يحدث مثله والا لما اشتبه حاله فان ما لا يجوز ان يحدث مثله قديم البتة حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج اي القاضي الى شيء منها اي من تلك الحجج وهو اي الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة مع الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وكذلك الحكم اذا رده اي وكذلك الحكم اذا رد المشتري العبد عليه اي على الوكيل بعيب اي بسبب عيب يحدث مثله ببينة متعلق برده اي رده عليه ببينة او باباء يمين او بالنكول عن اليمين لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى كذا في العناية وهو الظاهر وقيل اي مشتبهة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل كذا في معراج الدراية اخذا من الكافي والوكيل مضطر في النكول هذا جواب عن خلاف زفر في الاباء يمين فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له ان يرده على الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد عيبا فرده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه فجعل هذا كما لو رد عليه باقراره سواء في حق البائع هكذا في حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لبعد العيب عن علمه اي عن علم العيب باعتبار عدم ممارسة المبيع فانه لم يمارس احوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف ان يحلف كاذبا فينكل و الموكل هو الذي اوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيلزم الآمر اي فيلزم العبد الآمر فيلزم حكم النكول الآمر بخلاف ما اذا اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى تعرض عليه اليمين وتقضى عليه بالنكول فيكون هو في الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشتري الاول فانه مضطر الى النكول ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية قال اي محمد رح في الجامع الصغير فان كان ذلك اي الرد على الوكيل باقرار اي باقراره لزم المأمور اي لزم العبد المأمور وهو الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حق المقر دون غيره وهو اي المأمور غير مضطر اليه اي الى الاقرار لامكانه السكوت والنكول يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالسكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل يعني لكن للوكيل ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله او بنكول الموكل قال بعض الفضلاء لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة في المخاصمة ههنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى اقول ليس هذا بتام اذ يجوز ان يقر الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ففائدة الخصومة ان يجبره القاضي على القبول كله فالواني اقرار الوكيل على انه يجوز ان يظهر اقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها فلا معنى لقوله اذ لا فائدة في المخاصمة ههنا اذا كان مقرا فتدبر بخلاف ما اذا كان الرد اي الرد باقرار الوكيل بغير قضاء يعني ان ما سبق من ان للوكيل ان يخاصم الموكل فيما اذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضي باقراره واما اذا كان ذلك بغير قضاء والعيب يحدث مثله فبخلافه حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه يعني الموكل لانه اي الرد بالاقرار والرضا من غير قضاء بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حق المتعاقدين والبائع يعني الموكل ثالثهما اي ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشتري قال صاحب غاية البيان وكان ينبغي ان يقول ان يخاصم موكله او يقول امره كان ينبغي ايضا ان يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما او والآمر ثالثهما لان الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى واعتذر عنه صاحب العناية بان قال عبر عنه بالبائع لان البيع لما نقل

ولو رد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث انه فسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان عيبا لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين

الى الوكيل ونحن علينا بامر قد حصل من جهته وكان بمباشرته انتهى فالرد بالقضاء فسخ هذا جواب سوال وهو ان يقال ينبغي ان لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل اصلا فيما اذا حصل الرد باقرار الوكيل لكونه بيعا جديدا في حق الموكل فقال الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي يعني ان الرد بالقضاء لا يجعل الا كأن عقدا ما بعد انعقد شرطه وهو التراضي لان القاضي بيده على كره منه فيجعل فسخا لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار يعني لكن الفسخ استند الى حجة قاصرة وهي الاقرار فعملنا بالجهتين فمن حيث الفسخ اي من حيث ان الرد بالقضاء فسخ كان له اي للوكيل ان يخاصمه اي مع الموكل ومن حيث القصور اي من حيث ان الاقرار حجة قاصرة لا يلزمه الموكل الا بحجة اي الا باقامة الوكيل الحجة على الموكل قال صاحب العناية وهذا فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى القضاء لانه يقبله لا محالة انتهى اقول فيه بحث اذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل ان هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء وحاصلة بعد حصوله وما قال في النهاية انما هو في محل تحقق القضاء وحصوله ابتداء فانه اذا اقر الوكيل بالعيب لم يبق هناك حاجة الى قضاء فمن اين يتحقق القضاء حتى يترتب عليه الفائدة المذكورة فهذا كلام صاحب العناية بالتوجيه فان للسائل ان يقول ثبت العرش ثم انقش ثم ان صاحب العناية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السوال واجاب عنه بان يقول يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فيقضي القاضي كان جبرا عليه على القبول انتهى وقد ذكرنا السوال والجواب في اول المسئلة ولا يخفى ان ذلك الجواب جواب حسن ووجه وجيه فان فيه لسند وهو عن التوجيه الذي يحمل المذكور في باب خيار العيب في مسئلة رد المشتري الثاني على المشتري الاول بعيب بقضاء القاضي باقرار او بينة او بابا يمين حيث قال هناك ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي ان يكون له ولاية الرد على الموكل كما في الوكيل بالاجارة فانه لو آجر وسلم ثم طعن المستاجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل فكذا هنا قلنا من اصحابنا من قال لا فرق بينهما في الحقيقة لان المعقود عليه في اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلفت بانهدام الدار كان في ضمان الموجر فيكون هذا من المبيع بمنزلة الرد بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الامر فكذا في الاجارة وقال شمس الائمة السرخسي وفي الكتاب علل للفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة بالاجارة في حق احد ان على احد الطريقين الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد لا ان يجعل ذلك عقدا مبتدأ وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى ان يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة كذا في النهاية ومعراج الدراية ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء اي كان الرد بغير قضاء باقراره اي باقرار الوكيل يلزم الموكل من غير خصومة في رواية اي في رواية كتاب البيوع من الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه اقامة الحجة على ذلك وكان ذلك رده على الموكل قال في الكافي فاذا تعين الرد صار كتسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي عامة الروايات اي عامة روايات المبسوط ليس له اي للوكيل ان يخاصمه يعني لا يلزم الموكل وليس للوكيل ان يخاصمه لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه بيع جديد في حق ثالث والحق اي حق المشتري في وصف السلامة هذا جواب عن قوله في رواية كتاب البيوع لان الرد متعين يعني لا نسلم ان الرد متعين لان حق المشتري يثبت اولا في الجزء الفائت وهو وصف السلامة ثم ينتقل ضرورة العجز عن ذلك الى الرد ثم ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب او بحدوث زيادة في المبيع الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد فيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع قال المص رح

وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل
شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال
فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة
الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط
الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة
وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان

وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهي شرح للبداية الفها المصنف قبل الهداية كما ذكره في الديباجة ولم نعلم وجود نسخها الآن وأما
ان احدا رآها قال الامام الزيلعي في التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور وهكذا ذكر الروايتان في شروح الجامع الصغير وغيره وبين الروايتين تفاوت كثير
لان فيه تنزلا من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان يقال لا يلزمه وكان له ان يخاصم انتهى اقول ولعمري ان رتبته لا تحتمل الاقدام على
مثل هذا الكلام لان ما عده اقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجرأة عليه من عند نفسه سيما بعد الاطلاع على الادلة المذكورة فانها تقتضي
احدى الروايتين المتقدمتين لا غير كما لا يخفى على المتأمل قال اي قال محمد رح في الجامع الصغير ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني
ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر يعني اذا اختلف الآمر والمامور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال
المامور بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا زائدا عليه فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته اي من جهة الآمر ومن يستفاد الامر من جهته فهو اعلم بما قاله فكان هو المعتبر
الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود وقد اشار اليه بقوله ولا دلالة على الاطلاق اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على
احد الوجهين على ان الاصل في عقد الوكالة التقييد لان مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه الا يرى
انه لو قال لغيره وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ وكان مدعيا لما هو الاصل فيه فكان القول قوله قال اي محمد رح في الجامع الصغير وان اختلف في
ذلك اي في الاطلاق والتقييد المضارب ورب المال فقال رب المال امرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيئا فالقول
قول المضارب قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف ههنا فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب دفعت الى المال مضاربة ولم تقل
شيئا اقول هذا التصوير لا يطابق المشروح وهو مسئلة الجامع الصغير فان صورتها كذا محمد رح عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة
فاختلفا فقال رب المال امرتك ان تبيع بالنقد دون ما سواه وقال المضارب اعطيتني المال مضاربة ولم تقل شيئا قال القول قول المضارب الذي اخذ المال
انتهى لفظ محمد رح قال المصنف في تعليل هذه المسئلة لان الاصل في المضاربة العموم يعني ان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف
دعواه بناء على ان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق الا ترى انه اي المضارب يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة يعني ان المضاربة يصح عند الاطلاق
ويثبت الاذن عاما فقامت دلالة الاطلاق اي فقامت دلالة الاطلاق في المضاربة فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله
بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع اي في نوع مسمى والمضارب في نوع آخر اي ادعى المضارب المضاربة في نوع آخر حيث يكون القول لرب
المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل اي عقد المضاربة الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا ثم مطلق الامر بالبيع في صورة الوكالة
ينتظمه اي ينتظم البيع نقدا ونسيئة الى اي اجل كان متعارفا عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف فيها عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف حتى لو باع
باجل غير متعارف عند التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما والوجه قد تقدم من الجانبين قد تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رح
عمل بالاطلاق وهما بالمتعارف قال صاحب النهاية وكان الانسب ان يذكر مسئلة النسيئة في اوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل و
الكثير كما اشار الى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع اي الرهن
في يده او اخذ به اي بالثمن كفيلا فتوى المال عليه اي على الكفيل فلا ضمان عليه اي على المامور قال الكاكي في معراج الدراية فلا ضمان عليه اي على الوكيل
وتبعه اي الشارح العيني اقول لا وجه له اصلا اذ الضمان على الكفيل امر مقرر ليس بمحل الشك فضلا عن الحكم بخلافه وانما الكلام في عدم الضمان على الوكيل اذ

لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل
بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك
الموكل حجره عنه فصل واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك

محل الشبهة فهو مورد البيان اي يرى الى قول المصنف في تعليل المسألة لان الوكيل اصيل في الحقوق اي في حقوق العقد وقبض الثمن منها اي من الحقوق والكفالة
توثق به اي بالثمن والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء اي لجانب استيفاء الثمن فيتداخلان اي الكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا موكدين لحق استيفاء الثمن
فيملكهما اي فيملكهما الوكيل فاذا اخذ الرهن في يده لم يضمن لان استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث انه بدل اقيم مقامه ولو هلك الثمن في يده هلك الامانة فكذا
الرهن قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها بان يموت الكفيل والاصيل مفلسين
وقيل التوى فيها ان يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا كذا في الشروح وتحكم بالقول الثالث هو الذي ذهب اليه
صاحب الكافي حيث قال والتوى في الكفالة بان يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فيتوى المال على الكفيل
انتهى وان الامام الزيلعي قد اختار ذلك وزيف القولين الاولين حيث قال في التبيين في النهاية المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل
الكفالة على حقيقتها وان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وكل ذلك ليس بشيء لان المراد ههنا توى مضاف الى اخذ الكفيل بحيث اذا لم
كفيلا ايضا يكون كما في الرهن والتوى الذي ذكره ههنا غير مضاف الى اخذ الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا ايضا التوى بموت من عليه الدين مفلسا وحمله على الحوالة
افاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى
مضاف الى اخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل ان يكون القاضي
مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا الى هنا كلامه فقال بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه اي الوكيل بقبض الدين يفعل
نيابة اي يتصرف نيابة عن الموكل حتى اذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن فيقتصر على قدر المأمور به دون
غيره والوكيل بالبيع يقبض اي يقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه اي عن قبض الثمن فينزل الوكيل في ذلك منزلة المالك والمالك لو اخذ

بالثمن رهنا او اخذ به كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع

فصل لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما كذا في الشروح قال في غاية البيان بعد ذكر
هذا الوجه ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كثير حاجة الا ان يقال لفهم هنا شيء آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والاعتاق
والاجارة وهذا حسن انتهى واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان هذا الحكم فيما اذا وكلهما
بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدي او بخلع امرأتي واما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف كما صرح به في المبسوط حيث قال
في باب الوكالة بالبيع والشراء واذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به ايضا فايهما باع جاز لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده بخلاف
الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في اصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا
وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا انفرد كل واحد منهما بالعقد استبد به كل واحد منهما بالتصرف انتهى قال المصنف وهذا اي الحكم المذكور
في مختصر القدوري وهو عدم جواز تصرف احد الوكيلين دون الآخر في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك اقول فيه شيء وهو انه لو كان مراد
ذكره القدوري في مختصره مقيدا بتصرف يحتاج فيه الى الرأي لما احتاج الى استثناء امور اربعة من الامور الخمسة التي استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور في
امور الخصومة لانها مما لا يحتاج فيه الى الرأي كما سيأتي التصريح به من المصنف ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الامور الخمسة في الاستثناء بكلمة واحدة

لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده

لان الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر الى التوكيل بالخصومة ومنقطعا بالنظر الى التوكيل بما سواها وقد تقرر في كتب الاصول ان صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل مجاز في المنقطع فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فالاظهر ان كلام القدوري ههنا مطلق وبعد الاستثناء الآتي يخرج منه ما لا يحتاج فيه الى الرأي وما يحتاج فيه الى الرأي ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر الى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام فان قلت أليس مراد المصنف ان كلام القدوري ههنا مقيد بما ذكره المصنف قبيل محل الاستثناء وعليه حتى يرد عليه ما ذكر بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتي عليه قلت حاصل المعنى ههنا بملاحظة الاستثناء الآتي ان يكون التوكيل في تصرف يحتاج فيه الى الرأي ولا يتعذر الاجتماع عليه وهذا اخص مما ذكره المصنف فبيان المعنى ههنا بما ذكره ليس بيان الحاصل من كلام القدوري لا قبل الاستثناء ولا بعده فلا يجدي كثير طائل كما لا يخفى وقال المصنف في تعليل اصل المسئلة لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما اذ لا ينال برأي احدهما ما ينال برأيهما انتهى ان رجلا لو وكل رجلين ببيع او شراء فباع احدهما او اشترى والآخر حاضر لم يجز الا ان يجيز الآخر وفي المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه احدهما والآخر حاضر فاجاز بيعه جاز وان كان غائبا عنه فاجاز لم يجز في قول ابي حنيفة رح كذا في الذخيرة وذكر في المبسوط لو وكل رجلين ببيع شيء واحد واحدهما عبد محجور او صبي لم يجز للآخر ان ينفرد ببيعه لانه ما رضي ببيعه وحده حين ضم اليه رأي الآخر ولو كانا حرين فباع احدهما والآخر حاضر فاجاز كان جائزا لان تمام العقد برأيهما ولو مات احدهما او ذهب عقله لم يكن للآخر ان يبيعه وحده لانه ما رضي برأيه وحده والبدل وان كان مقدرا هذا جواب سؤال مقدر وهو انه اذا قدر الموكل البدل في البيع ونحوه لا يحتاج الى الرأي فينبغي ان ينفرد احدهما بالتصرف في ذلك كما في التوكيل بالاعتاق بغير عوض فاجاب عنه بان البدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري يعني ان تقدير البدل انما يمنع النقصان لا الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء احدهما وهدايته دون الآخر فيحتاج الى رأيهما من هذه الحيثية وكذا يختار احدهما المشتري الذي لا يماطل في الثمن دون الآخر فيحتاج الى ذلك من هذه الحيثية ايضا قال اي القدوري في مختصره الا ان يوكلهما بالخصومة هذا استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا ينفرد بالتصرف الا في الخصومة فانه لو خاصم احدهما بدون الآخر جاز وذكر في الفوائد الظهيرية فاذا انفرد احدهما بالخصومة هل يشترط حضرة صاحبه في خصومته لبعض مشايخنا قالوا يشترط وبعض مشايخنا على انه لا يشترط واطلاق محمد رح يدل على هذا انتهى قال المصنف في تعليل ما في الكتاب لان الاجتماع فيها اي في الخصومة متعذر للافضاء الى الشغب الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال شغب بالتحريك كذا في الصحاح في مجلس القضاء ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لان المقصود فيه اظهار الحق وبالشغب لا يحصل ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة احدهما والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة اشارة الى دفع قول زفر رح فانه قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه فان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل انما رضي برأيهما ووجه الدفع ان المقصود وهو اجتماع الرأي يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك قال اي القدوري في مختصره او بطلاق زوجته بغير عوض هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة اي فان يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض فان لاحدهما ان يطلقها بانفراده او عتق عبده بغير عوض اي وان يوكلهما بعتق عبده بغير عوض فان لاحدهما ان يعتقه وحده او برد وديعة عنده اي وان يوكلهما برد وديعة فان لاحدهما ان يردها منفردا وقيد برد الوديعة اذ لو وكلهما بقبض وديعة له لم يكن لواحد منهما ان ينفرد بالقبض صرح به في الذخيرة فقال قال محمد رح في الاصل واذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض احدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما عليه ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا ثم قال فان قيل ينبغي

او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما

ان يصير ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مأمور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مأمور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه واما في حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه انتهى وذكر صاحب العناية مضمونه في الذخيرة ههنا ولكن ما عزاه الى الذخيرة وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية وفيه كلام وبيان ذلك انما يتم فيما يقسم عند ابي حنيفة رحمه الله على ما يجيء في الوديعة انتهى اقول ليس كلامه بشيء اذ منشأه الغفول عن قيد الاذن فان الذي يجيء في الوديعة هو انه ان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لاحدهما ان يحفظه باذن الآخر في الوجهين انتهى ولا يخفى ان المفهوم عنه ان لا يجوز حفظ احدهما الكل بلا اذن صاحبه في الوجهين معا بلا خلاف فان لا يجوز ذلك باذن الآخر ايضا فيما يقسم عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وما ذكر في الذخيرة وفي العناية انما هو فيما اذا قبض احدهما الكل بغير اذن صاحبه فهو تام في الوجهين معا بالاتفاق او قضاء دين عليه اي او ان يوكلهما بقضاء دين على الموكل فان لاحدهما الانفراد فيه ايضا لان هذه الاشياء يعني الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض ورد الوديعة وقضاء الدين لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو اي جواز الوكالة فيها تعبير محض اي تعبير محض لكلام الموكل وعبارة المثنى والواحد سواء لعدم الاختلاف في المعنى وفيها اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما حيث لا يجوز انفراد احدهما في هاتين الصورتين لانه اي لان ما قاله لهما فيهما تفويض الى رأيهما فلا بد من اجتماعهما ونحو ذلك لقوله الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر في باب تفويض الطلاق واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الآخر فقيل ينبغي ان يقدر احدهما على ايقاع نصف تطليقة واجيب بانه ابطال حق الآمر فبايقاع النصف تقع تطليقة كاملة فان قيل الابطال ههنا ضمني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك لامكان ... مع قدرتهما الى الاجتماع وقال بعض الفضلاء قوله الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك ايضا كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة لا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا انتهى اقول جميع مقدمات دليله على النقض ممنوع اما قوله فانه تمليك ايضا فلانه خلاف المقرر لان قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل لا تمليك قد صرح به المصنف في باب تفويض الطلاق حيث قال وان قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا انتهى واما قوله كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة فلانه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله واما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا فلانه خلاف المصرح به الا يرى الى قول المصنف في اول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع انتهى والى قوله في اواسط فصل الامر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى ولانه اي الآمر علق الطلاق بفعلهما اي بفعل المأمورين فاعتبره حقيقة لمعنى الاعتبار بدخولهما اي فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين اي بدخولهما الدار مثلا يعني يشترط ثمة لوقوع الطلاق بدخول الرجلين اي بدخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذلك ههنا لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قال صاحب العناية قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجع الى قوله طلقاها ان شئتما وقوله لانه تفويض الى رأيهما راجع اليهما او الى قوله امرها بايديكما وقد تبعه في جعل قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجعا الى قوله طلقاها ان شئتما كثير من الشراح فمنهم من صرح به كصاحب الغاية حيث قال قوله ولانه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها ان شئتما ومنهم من اظهره في اثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا ... وبان الحال المصنف فاعتبره بدخولهما حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا ههنا في قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا

قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموتهما وقد مر نظيره في ادب القاضي

اقول وانا لا ارى بأسا في ابقاء كلام المصنف ههنا على ظاهر حاله وهو ان يكون كل واحد من تعليليه عاما للصورتين معا بناء على ان التعليق كما يوجد في صورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما يوجد ايضا في صورة ان قال لهما امركما بايديكما وقد صرح المصنف في فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق وقال الشارح في بيانه وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق انتهى ولذلك لم نخص قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما بل شرعية بوجه يعم الصورتين معا كما رأيته قال اي القدوري في مختصره وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به الا ان يأذن له الموكل لانه فوض اليه اي الى الوكيل التصرف اي التصرف الذي فيما وكل به دون التوكيل به اي لم يفوض اليه التوكيل بل فوض اليه التصرف فلا يملكه وهذا اي عدم جواز التوكيل للوكيل فيما وكل به لانه اي لان الموكل رضي برأيه اي برأي الوكيل والناس متفاوتون في الآراء فلا يكون الرضى برأيه رضا برأي غيره فلا يكون للوكيل ان يوكل الغير بما شرع بامر الموكل فلا يجوز قال صاحب الغاية وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى من الاول وايضا الرضى برأي الوكيل او رد توكيله يتناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا او توهم في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضى برأيه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة في القوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور علم باذنه له بالتوكيل كان الظاهر من حاله انه ظن ان لا اشد من يعرفه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى اقول الجواب الذي ذكره انما يدفع الوجه الاول من التشكيك المذكور دون الوجه الثاني منه لان قبول توكيل الاول وان كان مناقضا لظن الموكل الا ان رد توكيله ايضا مناقض لرضى الموكل برأي الوكيل كما ذكره في الوجه الثاني منه فما الرجحان في اثبات هذا التناقض على ذلك التناقض ثم اقول في الجواب عن الوجه الثاني منه ان الموكل انما رضي برأي الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع او الشراء او الاجارة او نحو ذلك والتوكيل ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في رد توكيله وانما يلزم ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برأي الوكيل في التوكيل وبرأيه مطلقا ولهذا اذا اذن له الموكل في التوكيل او قال له اعمل برأيك يجوز توكيله كما سيأتي واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء بان الدليل خاص بما يحتاج الى الرأي والمدعى عام لغيره ايضا اقول حاصل الدليل انه رضي بفعله دون فعل غيره والناس متفاوتون في الافعال فيعم ما ادعاه الا انه خرج الكلام مخرج الغالب انتهى لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال اي القدوري في مختصره الا ان يأذن له الموكل استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به فانه اذا اذن له في ذلك يجوز ان يوكل غيره لوجود الرضى اي لوجود الرضى بتصرف غيره ايضا او يقول له عطف على يأذن له الموكل اي او الا ان يقول للوكيل اعمل برأيك فيجوز ايضا ان يوكل غيره لاطلاق التفويض الى رأيه اي الى رأي الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الاجازة قال المصنف واذا جاز في هذا الوجه اي اذا جاز توكيل الوكيل غيره في هذا الوجه الذي يجوز التوكيل فيه وذلك بان يأذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فوكل غيره يكون الثاني اي الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الاول حتى لا يملك الاول اي الوكيل الاول عزله اي عزل الوكيل الثاني ولا ينعزل اي الوكيل الثاني بموته اي بموت الوكيل الاول وينعزل ان اي الوكيل الاول والوكيل الثاني بموت الاول اي بموت الموكل الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره في فصل آخر قبيل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله اقول والعجب من الشراح ههنا سيما من فحولهم كصاحب النهاية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية انهم قالوا في بيان ما مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره هناك بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال ولو قضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة فمنتهى الكلام في قوله كما في الوكالة مع

قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأى الاول وقد حضر

اى تغير ما ذكره المصنف ههنا انما هو ما ذكره وجه قوله هناك بعد ذكر ما ذكره ههنا واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله الخ انما اعتبروا ما في قوله كما في الوكالة من التشبيه بالوكالة لكن مراده بذلك انما هو التشبيه بما سيأتي من انه ان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما سبق فيه كما لا يخفى على من له ادنى بصيرة ثم ههنا بحث وهو ان قوله حتى لا يملك الاول عزله انما يظهر في صورة ان ياذن له الموكل في التوكيل لان الاذن له في ذلك لا يقتضي الاذن له في العزل ايضا واما في صورة ان يقول له اعمل برأيك فمشكل لانهم صرحوا بان قوله اعمل برأيك توكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل غيره واما اثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك فحينئذ ينبغي ان يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني ايضا بعموم وكالته عن الموكل الاول بكونه كالمالك باثبات صفة المالكية له كما ان القاضي اذا استخلف على القضاء وان يعزل عنه اذا فوض اليه النصب والعزل من قبل الخليفة على ما عرف في محله ويؤيده ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ما صنعت من شيء فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول او عزل او جن او ارتد ولحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني ولو مات الموكل الاول او جن او ارتد ولحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثاني جاز عزله لان الموكل الاول رضي بصنيع الاول وعزل الاول الثاني من صنيع الاول الى هنا كلامه ولا يخفى ان الموكل الاول فيما نحن فيه ايضا رضي بعمل الوكيل الاول برأيه وان عزل الوكيل الاول الثاني من عمله برأيه فينبغي ان يجوز عزله اياه والفرق بينهما مشكل فتدبر قوله وقال اى القدوري في مختصره فان وكل اى الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله اى وكيل الوكيل بحضرته اى بحضرة الوكيل الاول جاز اى جاز العقد لان المقصود اى مقصود الموكل الاول حضور رأى الاول اى حضور رأى الوكيل الاول وقد حضر اى وقد حضر رأيه في الصورة المذكورة فيحصل مقصوده فيجوز العقد قال صاحب النهاية فان قلت ما الفرق بين هذا وبين احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه فانه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه بل لا بد من الاجازة صريحا كما ذكر في الذخيرة والمبسوط قلت ما ذكر في الجامع الصغير من ان عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الاول محمول على ما اذا اجاز الوكيل الاول عقد الوكيل الثاني ما اطلق اختصر هكذا ذكر في الذخيرة وقال ثم ان محمدا رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر من وكالة الاصل وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل جاز وحكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز لانه كان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشائخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لم يصح لانه لم يؤذن في ذلك فاعتبر وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باع هذا الرجل والوكيل غائب او حاضر فانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان الاجازة لبيع الفضولي لا يثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا ههنا ومتى اجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من جعل في المسئلة روايتين ووجه الجواز من غير اجازة الاول ان بيع الثاني حال غيبة الاول انما لا يصح لتعري العقد عن رأى الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد رأى الاول فلا حاجة الى الاجازة وعلى هذا احد وكيلي البيع والاجازة اذا امر صاحبه بالبيع او الاجازة فباع بحضرته في رواية لا يجوز الا باجازته وفي رواية يجوز من غير اجازة انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في اكثر المواضع قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب وفيه نظر لان فيما نقل عن محمد رحمه الله انه قال والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس في ذلك نص على اشتراط الاجازة لاحتمال ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما في تعليله فلانه يعارضه بان المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكرنا انتهى واجاب بعض الفضلاء عن نظيره فيما نقل عن محمد رحمه الله حيث قال بانه خبير بان قوله فاجاز الوكيل يتعلق بحتى اذا باع الى محمل

وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن

الثاني الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كان العبارة واجاز بالواو فيجوز كونها حالية لا يحتمل ما ذكره انتهى اقول فيه نظر لانه يجوز ان يكون الفاء في قوله فاجاز الوكيل للسببية لا للعطف كما في قولك زيد فاضل فاكرمه ونحو الذي يطير فيغضب زيد الذباب على ما ذكروا في موضعه ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فاجاز الوكيل عطفا على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فلا نسلم كون قوله فاجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدي المعطوف عليه اعني قوله والوكيل الاول حاضر وغائب اذ قد تقرر في محله ان العطف على مقيد بشيء انما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشيء فيما اذا كان القيد قيدا للمعطوف عليه كما في قولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وقولنا ان جئتني اعطك واكسك اما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء وما نحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى فلم يجب فيه تقييد المعطوف بقيدي المعطوف عليه بل جاز ان يتعلق بواحد منهما فقط ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند غيبته وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه انتهى قال المصنف رح وتكلموا في حقوقه اي في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد رح في الجامع الصغير وتكلم المشايخ فيه قال الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول وان الثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الاول كذا في المعتمد وقال في الذخيرة ثم اذا باع او اشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكر محمد رح هذا الفصل في الجامع الصغير وذكر البقالي في فتاواه ان الحقوق ترجع على الاول وفي حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني انتهى قال في فتاوى قاضيخان وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر في الاصل ان الحقوق ترجع الى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى وان عقد اي الوكيل الثاني في حال غيبته اي في حال غيبة الوكيل الاول لم يجز اي لم يجز العقد لانه فات رأيه اي رأي الوكيل الاول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه الا ان يبلغه اي الا ان يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الاول فيجيزه اي فيجيز الوكيل الاول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رأيه وكذا لو باع غير الوكيل اي وكذا يجوز لو باع الاجنبي فبلغه اي فبلغ خبر البيع الوكيل فاجازه اي فاجاز البيع بعد بلوغ الخبر لانه حضر رأيه باجازته ولو قدر الاول اي الوكيل الاول الثمن اي ثمن ما امر ببيعه للثاني اي للوكيل الثاني الذي وكله بغير اذن موكله بان قال له بعه بكذا فعقد بغيبته اي فعقد الثاني بذلك الثمن المقدر بغيبة الاول يجوز اي العقد لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا انما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتي بيانه وقد حصل اي قد حصل تقدير الثمن الذي هو المقصود بالرأي ثم اعلم ان هذا رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن انما يمنع النقصان لا الزيادة فلعل الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لشطارته وهدايته قال المصنف وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما اي لان الموكل لما فوض الرأي الى الوكيلين مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن على ما بيناه اشارة الى قوله فيما مر والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري اما اذا لم يقدر اي الموكل الثمن وفوض الى الاول اي وفوض الرأي الى الوكيل الاول كان غرضه اي غرض الموكل رأيه اي رأي الوكيل الاول في معظم الامر اي معظم امر عقد البيع وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالة ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك

قال واذا زوّج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك نكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد رح والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح

انما يكون في التوكيل بتقدير تحسين مصالح الزيادة والربح وقد حصل ذلك بتدبير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بمباشرة الآخر عنه في مجرد العبارة كذا في الشروح اقول فيه تأمل اذ القول باختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن من مهمات المبايعات ومعظمات امورها ايضا كما اشار اليه المصنف فيما مر بقوله وبه العدل وان كان يتقدر ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري فكيف يتم ان يقال هنا فبعد ذلك لا يبالي بمباشرة الآخر عنه في مجرد العبارة قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع اي او باع واحد منهم او اشترى لها اي للصغيرة الموصوفة المذكورة لم يجز اي لم يجز شيء من تصرفاتهم المذكورة قال المصنف معناه اي معنى قول محمد رح او باع او اشترى لها التصرف في مالها اي في مال الصغيرة المذكورة بالبيع او الشراء وانما احتاج الى هذا التأويل لان قوله او اشترى لها يحتمل معنيين احدهما ان يشتري لها شيئا من مال نفسه والآخر ان يشتري لها بمالها ولما كان الاول جائزا لا محالة كان المراد هنا هو الثاني وقال في تعليل المسئلة لان الرق والكفر يقطعان الولاية يعني ان التصرفات المذكورة من باب الولاية والرق في العبد والمكاتب والكفر في الذمي يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره يعني اذ لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا حتى لا تقبل شهادته اي شهادة الكافر عليه اي على المسلم ولان هذه اي هذه الولاية ولاية نظرية اي ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغار لعجزهم فلا بد من التفويض اي من تفويض هذه الولاية الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر بالقدرة والشفقة والرق يزيل القدرة قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء والكفر يقطع الشفقة على المسلم كما لا يخفى فلا تفوض اليهما اي فلا تفوض هذه الولاية النظرية الى العبد والكافر قال الشارح العيني وفي بعض النسخ الى العاقد المشفق مكان القادر المشفق وجعل الشارح الكاكي هذه النسخة اصلا وقال وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد اقول انا لم ار نسخة الى العاقد قط ولم اجد لها وجها هنا اذ لا وجه حينئذ لقول المصنف والرق يزيل القدرة تعلق كما لا يخفى على الفطن قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك اي لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله قال الشراح انما خص قولهما بالذكر مع ان هذا الحكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء ونحوهما نافذة وان قتل على الردة عندهما فكان ينبغي ان تنفذ تصرفاته على ولده ومال ولده فانها موقوفة بالاجماع اقول قد ادرج في قولهما الحربي ايضا والعذر الذي ذكروه لا يجري فيه قطعا فلا يتم لان الحربي وان كان مستأمنا ابعد من الذمي لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام وهو الجزية بخلاف الحربي فانه لم يتحقق في حقه شيء من الاصل والخلف فاولى بسلب الولاية اي فالحربي اولى بالسلب للولاية يعني اذا سلبت ولاية الذمي كما عرفت فالحربي اولى بسلبها واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لكنه اي لكن تصرفه موقوف اي موقوف على اسلامه ان اسلم صح وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطل على ولده ومال ولده متعلق بما جرى فيه التغيير وهو التصرف بالولاية يعني لكن تصرفه بالولاية على ولده ومال ولده موقوف على اسلامه بالاجماع متعلق بقوله موقوف قال الاكمل على من نظره عليه وقد وقع في الحرية ومسائل المرتد في كلام المصنف هنا تعقيد انبهام واحتياجا الى بيان معناه بالوجه الذي شرحناه به وانا اتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له اصلا مع تقيدهم بكثير من الامور الجزئية البينة في مواضع شتى فحق العبارة هنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال اما المرتد فان ولايته على اولاده واموالهم موقوفة بالاجماع لانها اي لان ولاية الاب على ولده ومال ولده ولاية نظرية وذلك اي الولاية النظرية بتأويل المذكور او باعتبار ان ذلك مشترك باتفاق الملة اي بسبب اتفاق الملة من الاب والولد وهي اي الملة مترددة في ٦٤
حق المرتد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة للوجود ولان المرتد مجبور عليه فيجب التوقف ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل اي تصرفه وبالاسلام اي بالعود الى الاسلام يجعل حق المرتد كانه لم يزل كان مسلما فيصح اي تصرفه اقول بقي في هذا المقام شيء وهو ان ما ذكره من قوله واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافاً لزفر رحمه الله هو يقول انه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئاً ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم

الى ههنا ليس من مسائل الوكالة قطعاً وقد ذكره مرة في باب الاولياء والاكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى فذكره مرة اخرى ههنا في كتاب الوكالة بعيد المناسبة

باب الوكالة بالخصومة والقبض اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب باستيفاء ما هو من حقوق ذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع او الثمن او لانها مهجورة شرعاً فاستحقت التاخير عما ليس بمهجور كذا في العناية وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح ايضاً واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة رضي الله تعالى عنهم ونظر الى تفسير الخصومة بل فيه ما يوجب هجرها انتهى اقول هذا ساقط جداً لان المراد ان الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعاً لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا وانما صدرت ووقعت من الاشراف باعتبار كونها مجازاً عن جواب الخصم شيئاً او لا كما سيأتي بحثه عن قريب مفصلاً ومشروحاً وقد وقع التصريح به ههنا ايضاً في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا لما كانت الخصومة مهجورة شرعاً لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب احتاج الى ذكر الوكالة بالخصومة بالعين بعد ما هجرت بل هو مقرر على حقيقته قال اي القدوري في مختصره الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اطلق كلامه في الرواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعاً فان الامام المحبوبي قد ذكر ان الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعاً وكيل بالقبض عند علمائنا الثلاثة كذا في النهاية ومعراج الدراية خلافاً لزفر رحمه الله فانه يقول الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلاً بالقبض وبه قال الشافعي رحمه الله في الاظهر ومالك واحمد وعن الشافعي رحمه الله في وجه انه يملك القبض كما قلنا هو اي زفر رحمه الله يقول رضي اي الموكل بخصومته اي بخصومة الوكيل والقبض غير الخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحقوق والقبض فعل حسي ولم يرض به اي ولم يرض الموكل بالقبض اذ يختار للخصومة في العادة الحذ الناس وللقبض امين الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بامانته عادة ولنا ان من ملك شيئاً ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض يعني ان الوكيل بالشيء مامور باتمام ذلك الشيء واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة باقية ما لم يقبض وذلك لانه ما لم يقبض يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل فيحتاج الى المرافعة باثبات الخصومة ثانياً وكلما يفصلها الا بالقبض فدخل تحته ضمناً كذا قرره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط والاسرار واقتفى اثره صاحب معراج الدراية في تقريره ولنا ان الوكيل ما دام وكيلاً يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات لعارض من موت القاضي او غيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بان قوله ولنا ان الوكيل ما دام وكيلاً يجب عليه القيام بما امر به يخالف لما سبق في اوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه اقول ليس هذا بشيء فان منشاءه الغفلة عن فائدة قوله ما دام وكيلاً في قوله ان الوكيل ما دام وكيلاً يجب عليه القيام بما امر به اذ لا شك ان الوكيل ما دام ثابتاً على وكالته يجب عليه اداء ما امر به والا يلزم تغرير الآمر وهو ممنوع شرعاً ومعنى ما ذكر في اوائل كتاب الوكالة ان الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز ان يباشر الوكيل ما فوض اليه وان لا يباشره بشرط عزل الموكل اياه او عزل الوكيل نفسه واعلامه اياه ثم ان صاحب العناية ذكر ايضاً في قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض بانه ان اريد قبض الوكيل فغير مسلم وان اريد به قبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه اقول المراد بذلك قبض الوكيل والموكل ويترتب عليه مطلوبه قطعاً لتقتضي مقدمته القائلة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لانه لما فوض الموكل الخصومة الى الوكيل والتزم الوكيل اقامتها دخل في ضمن ذلك ما لا يتم الخصومة الا به وهو القبض فكان الوكيل قطعاً وجب عليه القيام به ما دام على وكالته والفتوى اليوم

على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك

على قوله فرجح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ومشائخ بلخ افتوا بقول زفر رح لان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد ايضا كذا ذكره الامام المحبوبي في جامعه وذكر في الشروح ايضا الا ان صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك وفيه نظر فان الدلالة قد وجدت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب قال المصنف ونظيره اي نظير الوكيل بالخصومة الوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية وهو رواية الاصل لانه في معناه وضعا اي لان التقاضي في معنى القبض من حيث الوضع ومن ثمة قال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته وقال في القاموس وتقاضاه الدين قبضه منه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان فسر قول المصنف لانه في معناه وضعا بقوله اي لان التقاضي في معنى القبض قال وفيه نظر لانه قال في المغرب تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني طلبت قضاءه واقتضيت منه حقي اخذته قال الشارح العيني بعد نقل النظر المذكور عنه قلت لم يرد وجه النظر فيه لانه لم يقل التقاضي القبض بل قال في معنى القبض اقول بل لا وجه لما قال لان وجه النظر هو ان المفهوم مما في المغرب كون التقاضي في اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنف ولا يدفعه قوله لانه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض اذ لا شك ان معنى قوله انه في معناه وضعا انهما متحدان معنى من حيث الوضع في اصل اللغة ولما كان معنى التقاضي في اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن في معنى القبض قطعا ثم اقول في الجواب عن النظر المذكور لعل صاحب المغرب فسر التقاضي بطلب القضاء الذي هو المعنى العرفي للفظ التقاضي لكونه غالبا على معناه الوضعي الا ترى انه لم يفسر الاقتضاء به فلا يكون منافيا لما ذكره المصنف ره وما صرح به عامة ثقات ارباب اللغة في كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضي هو الاخذ والقبض بناء على اصل الوضع ويرشد اليه انه فرق بين الاقتضاء والتقاضي ففسر الاقتضاء بالاخذ على اصله لعدم جريان العرف المذكور فيه والا فلا فرق بينهما في اصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر انفا عن الاساس وصرح به الجوهري في صحاحه حيث قال واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى قوله الا ان العرف بخلافه اي بخلاف الوضع لان الناس لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبة وهو اي العرف قاض على الوضع اي راجح عليه لان وضع الالفاظ لحاجة الناس ثم هم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع افهام الناس اليه والفتوى على ان لا يملك يعني فتوى المشائخ اليوم على ان لا يملك الوكيل بالتقاضي القبض بناء على العرف قال صاحب العناية وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رح والجواب ان ذلك في اصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض انتهى كلامه اقول لا النظر شيء ولا الجواب اما الاول فلان الحقيقة في لفظ التقاضي غير مستعملة بل هي مهجورة كما صرح به ثقات المشائخ كالامام فخر الاسلام البزدوي وصاحب المحيط وغيرهما قال في المحيط البرهاني الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلثة هكذا ذكر محمد رح في الاصل ثم قال وذكر شيخ الاسلام الامام فخر الاسلام علي البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة الى هنا كلامه واما الثاني فلان كون الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف اصل مقرر عند ابي حنيفة رح لم يرجع عنه قط فلو كانت الحقيقة في لفظ التقاضي مستعملة لم يصح قول المصنف وهو قاض على الوضع على اصل ابي حنيفة رح قطعا ولم يمكن للمشائخ الفتوى على العرف في مسئلتنا هذه ويلزم حينئذ ترك اصل امامهم المجتهد وليست وظيفتهم الا الجريان على اصله الكلي وان جاز لهم بعض من التصرفات في الفروع الجزئية لا يقال يجوز ان يكون مدار قول المصنف ومدار فتواهم على اصل ابي يوسف ومحمد رح فان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المستعملة عندهما لانا نقول الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب

قال فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن
على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رح حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء
الموكل أو إبرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رح لأن القبض غير الخصومة
وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاء بها ولأبي حنيفة رح أنه
وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه

ان لا يقع خلاف في هذه المسئلة بين ائمتنا الثلثة الا يرى الى قول محمد رح في الاصل الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلثة ولو كان للاصطلاح
تاثير في هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها على ان صاحب التلويح قال وفي كلام فخر الاسلام وغيره ايماء الى ان المجاز المتعارف انما يترجح عنده
اذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسئلة اكل الحنطة انتهى ولا يخفى ان الامر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تشبه لاصلها المذكور ههنا راسا فلا مجال لان يجعل
مدار الصحة قول المص وفتوى المشائخ فالتحقيق في هذا المقام ان التوكيل بالتقاضي كان مستعملا على حقيقته في الاوائل ولم يجر العرف على خلاف ذلك في
تلك الايام فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في اصل الرواية واما اليوم فلما ظهر الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على ان يجعل
التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملا في المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة افتى مشائخنا المتاخرون بان الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق
بناء على الاصل المقرر المتفق عليه عند المجتهدين من ان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار اصلا قال محمد رح في الجامع الصغير
فان كانا اي الوكيلان وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا اي لا يقبضان في حق الموكل الا مجتمعين لانه اي الموكل رضي بامانتهما لا بامانة احدهما . واجتماعهما ممكن اي
اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فانهما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا على ما مر اشارة الى
قوله لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء قال اي القدوري في مختصره والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند
ابي حنيفة رح قيد بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع على ما يجيء . الكلام فيه يرجع الى اصل . وهو ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة
لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الاصل في دليل المسئلة ونقل
في الفتاوى الصغرى عن متفرقات شيخ الاسلام خواهر زاده ان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من القاضي كما لو وكل
وكيلا بقبض ديون الغائب كذا في غاية البيان ثم ان المص اراد ان يبين ثمرة قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة فقال حتى لو اقيمت عليه اي على الوكيل
بقبض الدين البينة على استيفاء الموكل اي على استيفاء الدين من المديون او ابرائه اي او على ابراء الموكل المديون عن الدين تقبل عنده اي تقبل البينة عند
ابي حنيفة رح وفي الذخيرة اذا جحد الغريم الدين اراد الوكيل بالقبض ان يقيم البينة على الدين هل تقبل بينته على قول ابي حنيفة رح تقبل وعلى قولهما لا تقبل
وقالا لا يكون خصما اي قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما وهو اي قولهما رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي رح في الاصح
واحمد في ظاهر الرواية لان القبض غير الخصومة فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومة فلم يكن الرضا
بالقبض رضى بها اي بالخصومة ولابي حنيفة رح انه اي الموكل وكله بالتملك اي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون كما
لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها اذ قبض الدين نفسه اي قبض نفس الدين لا يتصور لانه وصف ثابت في ذمة من عليه الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه
استثناء من قوله لان الديون تقضى بامثالها يعني ان الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما ذكرنا آنفا الا ان قبض المثل جعل استيفاء لعين حق
الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الاداء ولو كان تملكا محضا لما اجبر عليه وكذا اذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الاخذ هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح
هذا المقام واما صاحب العناية فقال في شرحه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض
الدين فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض لان التوكيل بالقبض مثل ما للموكل لا بد ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل انتهى وفيه
بحث اذ لمانع ان يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير ان لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لجواز ان يصح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير

فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة

بجملة رسالة بالاستقراض من حيث المعنى والرسالة بالاستقراض جائزة وقد افصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما يقبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ما له عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني فلان اليك يقول لك اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول اقرضني فصح ما ادعيناه انه رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة الى هنا كلامه ثم اعلم ان الامام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الاشكال والجواب المذكورين ثم قال هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة ثم قال هذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول ابي حنيفة رح فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم انتهى اقول ليس ذاك بسديد اذ ليس المراد ان الوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصما بل المراد انه رسول بالاستقراض بالنظر الى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر الى المقاصة الحاصلة بعد ذلك وكونه خصما حكم مترتب على الثاني دون الاول فلا غبار على الجواب

فاشبه اي الوكيل بقبض الدين الوكيل باخذ الشفعة يعني انه اشبه ذلك في كونه خصما فانه اذا اقام المشتري البينة على الوكيل باخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل والرجوع في الهبة بالجر عطف على اخذ الشفعة اي فاشبه ايضا الوكيل بالرجوع في الهبة فانه اذا اقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على ان الموكل اخذ العوض تقبل والوكيل بالشراء بالنصب عطف على الوكيل باخذ الشفعة اي فاشبه ايضا الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يخفى ان فصله عما قبله باعادة لفظ الوكيل كثير فائدة والقسمة بالجر عطف على الشراء اي فاشبه ايضا الوكيل بالقسمة فان احد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم مع شريكه فاقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل والرد بالعيب بالجر عطف على الشراء ايضا اي فاشبه ايضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل وهذه اي مسئلة الكتاب وهي مسئلة الوكيل بقبض الدين وفي بعض النسخ وهذا اي الوكيل بقبض الدين اشبه باخذ الشفعة اي اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كذا صرح به في شرح الجامع الصغير اعلم ان شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام المصنف هاهنا وتبيين المراد عليه هنا فقال صاحب النهاية اي الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان ايضا لكن صرح بالنقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين فقال صاحب العناية قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء وقال صاحب الغاية قالوا في شرح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وقال تاج الشريعة اي مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة من المسائل الثلث الاخر وعلل ذلك بان في هذه المسائل لم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة وقبض الدين واليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني ايضا ولكن لم يعينوا المسائل الثلث الاخر بل المسائل الاربع الباقية بعد مسئلة الوكيل باخذ الشفعة ثم ان المعنى تبين وجه الاشبهية بقوله حتى يكون خصما قبل القبض اي حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند ابي حنيفة رح قبل قبض الدين كما يكون هو اي كما يكون الوكيل خصما قبل الاخذ هنالك اي في التوكيل باخذ الشفعة والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء انتهى اقول الذي يظهر لي ان تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر هنا بين كونه المفضل عليه في قوله فيما مر وهذه اشبه باخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء فيكون معناه ان مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كما صرح به شراح الجامع الصغير وذهب اليه فرقة من شراح الهداية واخترناه ايضا في شرحنا هنالك بناء على هذا ولكن بقيت شبهة وهو ان الوكيل ان لم يكن خصما قبل المباشرة لما كان في المسائل الاربع الباقية ايضا لا يظهر لتخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر في مقابلة المفضل عليه ايضا فائدة وجه وان كان خصما قبل ذلك في تلك المسائل ايضا كما هو الظاهر

وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة على ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هنا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك معناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده

سيما في مسئلة التوكيل بالقسمة اذ لا شك ان الشريك الآخر لو اقام البينة قبل ان يقسم الوكيل القسمة فان الموكل بتقسيمه على ان الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته لا يظهر تغيير الوكيل بقبض الدين بالوكيل باخذ الشفعة وجه اذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ اشبه بتلك المسائل ايضا من الوكيل بالشراء فتامل وهذا اشارة الى مطلع نكتة ابي حنيفة رح بقوله انه وكله بالتملك لان المبادلة تقتضي حقوقا كالتسليم والتسلم وغير ذلك وهو اي الوكيل بالتملك اصيل فيها اي في الحقوق فيكون خصما فيها اي في الحقوق يعني كان الامر امر الوكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة والمامور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة كذا في النهاية واكثر الشروح وقال صاحب العناية قوله وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه مما تمسك به ابو حنيفة رح وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق انتهى فيما لا اختيار ثم الاختيار واعترض بعض الفضلاء على كلام المص ههنا حيث قال فيه بحث فان المبادلة المقتضية من الوكيل بل من كله فكيف يكون الوكيل اصيلا في حقوقها وقال فان قيل المبادلة في التملك باخذ الدين قلنا ذلك المقتضي بعد فتامل انتهى اقول ليس هذا بمتوجه لان تعلق بعض الحقوق لشيء قبل وقوعه ليس بعزيز الا يرى ان حق الخصومة يثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوعه [illegible] ان حق الخصومة يثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوع الاخذ فكذا ههنا وقد اشار اليه المص بقوله وهو اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك ثم ان التحقيق ان قبض الدين ان كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بامثالها الا انه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر فاشبه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل واشبه باخذ عين الحق جاز الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد اليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حيث قال فان قيل لو كان بالمبادلة وجب ان يلحقه العهدة في المقبوض لانا نقول انما لا يلحقه العهدة في المقبوض لان قبض الدين ان كان مبادلة من الوجه الذي ذكرنا فهو استيفاء لعين الحق من وجه لان من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه باخذ العين لا يلحقه العهدة في المقبوض عملا بهما انتهى قال اي محمد رح في الجامع الصغير والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع اي باتفاق اصحابنا وللشافعي رح واحمد فيه قولان كما في قبض الدين لانه اي لان الوكيل بقبض العين امين محض حيث لا مبادلة ههنا لانه يقبض عين حق الموكل والقبض اي قبض الامين ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له اي للموكل فاقام الذي هو في يده اي فاقام ذو اليد البينة على ان الموكل باعه اي باع العبد اياه اي ذا اليد وقف الامر حتى يحضر الغائب اي الموكل وهذا اي توقف الامر استحسان اي مقتضى الاستحسان والقياس هو قياس ان يدفع اي العبد الى الوكيل ولا يلتفت الى بينة ذي اليد لان البينة قامت لا على خصم بناء على ان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة فلم تعتبر اي البينة وجه الاستحسان انه اي الوكيل خصم في قصر يده اي في حق قصر يده نفسه عن العبد لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده اي يد الوكيل يعني يعمل البينة بمجرد قصر يده لا باثبات البيع وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب يعني الموكل تعاد البينة على البيع يعني لو حضر الموكل لا بد لذي اليد من اعادة اقامة البينة على البيع في محضر الموكل لا يكتفي بالبينة السابقة في اثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة فصار هذا كما اذا اقام اي ذو اليد البينة على ان الموكل عزله اي عزل الوكيل عن ذلك اي عن التوكيل بقبض العبد فانها تقبل اي فان البينة تقبل هناك في قصر يده اي في حق قصر يده كذا هنا اي فيما نحن فيه قال اي محمد رح في مختصره وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك كالارتهان فانه اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل واقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل كذا في الشروح قال المص رح ومعناه اي معنى قول محمد رح وكذلك العتاق والطلاق اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة اي واذا اقام العبد والامة البينة على العتاق على الوكيل بنقلهم متعلق بالاقامة اي اذا اقاموا البينة على الوكيل بنقلهم الى الموكل يعني اذا اراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها الموكل نقلها اليه او اراد الوكيل بقبض العبد والامة ونقلهما الى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما اليه فاقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على ان زوجها طلقها او اقام العبد والامة البينة على الوكيل بنقلهما على ان مولاهما اعتقهما فانها تقبل في قصر يده اي في حق قصر

حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق **قال** وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه
ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا إلا أنه يخرج من الوكالة وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز إقراره عليه
وإن أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف أولا وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة
وهي منازعة والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار

يد الوكيل عنه حتى يحضر الغائب أي إلى أن يحضر الغائب استحسانا أي تقبل استحسانا وأما قياسا فلا تقبل لقيامها على غير خصم دون العتق والطلاق أي لا تقبل في حق ثبوت العتق والطلاق لا قياسا ولا استحسانا وذلك لأن الوكيل ليس بخصم في إثبات العتق والطلاق وإن كان خصما في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره وجملة الكلام في هذه المسائل أن البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل ففي حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل في حق قصر يده لا في حق إزالة ملك الموكل قال أي القدوري في مختصره وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي متعلق بأقر أي أقر عند القاضي جاز إقراره عليه أطلق الإقرار والموكل ليتناول إقرار الموكل للمدعي والمدعى عليه فإن هذا الحكم وهو جواز إقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فإقرار وكيل المدعي هو أن يقر بأن موكله قبض المال وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله كذا في النهاية ومعراج الدراية وعبارة غاية ما قال صاحب النهاية سواء كان موكله المدعي فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته ويقرب منه ما قال صاحب الكافي ولا فرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من المدعي فأقر بالقبض أو الإبراء أو من المدعى عليه فأقر عليه بالحق ولا يجوز عند غير القاضي أي لا يجوز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا وقوله استحسانا يتعلق بقوله جاز وبقوله لم يجز كما ذكر في النهاية قال إلا أنه يخرج من الوكالة فلا يدفع المال إليه ولو ادعى بعد ذلك أو أقام بينة على ذلك لا تسمع بينته وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تبطل الوكالة على رواية الأصل لأنه زعم أنه مبطل في دعواه وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين أي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله وهو أي قول زفر والشافعي رحمهما الله قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس أي مقتضاه لأنه أي الوكيل مأمور بالخصومة وهي أي الخصومة منازعة ومشاجرة والإقرار يضاده أي يضاد الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتأويل أن لأنه أي الإقرار مسالمة ومساعدة والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا أي لأجل أن الأمر بالشيء لا يتناول ضده لا يملك أي الوكيل بالخصومة الصلح والإبراء ولهذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به في الكافي وغيره فإن في كل واحد من هذه الأفعال ما يضاد الخصومة ويصح أي يصح التوكيل بالخصومة إذا استثنى الإقرار بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار أو بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر علي قال صاحب النهاية هذه المسألة دليل من يقول إن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار فوجه الدلالة هو أن التوكيل بالخصومة لو كان مجازا عن مطلق الجواب كان ينبغي أن لا يصح استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة وذلك لأن المراد من الجواب إما الإقرار وإما الإنكار لا كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك لا يجوز والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز عن مطلق الجواب انتهى كلامه أقول فيه نظر لأنه إن أراد بقوله لأن المراد من الجواب إما الإقرار أو الإنكار لا كلاهما بالاتفاق أن المراد من الجواب إما الإقرار وحده وإما الإنكار وحده لا كلاهما بالاتفاق فلا نسلم أن الأمر كذلك إذ المراد من الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الإنكار والإقرار بطريق عموم المجاز دون أحدهما معينا كما يأتي بيانه مفصلا ومشروحا سيما من الشارح المذكور وإن أراد بذلك أن المراد منه أحدهما لا بعينه لا مجموعهما معا في حالة واحدة فهو مسلم إذ لا يصح جمع الإنكار والإقرار معا في جواب مستند واحد ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل إذ اللازم فيها حينئذ إنما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى قوله والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح لما قلنا ليس بتام أيضا إذ يصح استثناء الإنكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الإقرار نص عليه في الذخيرة وغيرها ثم أقول بهذا يتضح

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيه الاهدى فالاهدى

ما في كلام غاية البيان ايضا في هذا المقام حيث قال في تقرير الحل كما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار فاقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله لبطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز انتهى فانه ان اراد بقوله لان الخصومة شيء واحد انها امر جزئي لا تعدد فيه اصلا فلا يخفى كذبه قطعا وان اراد بذلك انها واحد من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الافراد وصحة استثناء بعض افرادها منها عند التوكيل كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام معناه ان الاقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في حل المقام لكن او جز حيث قال ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع ثم قال وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء اقول النظر ساقط جدا لان عدم التناول انما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع ويجوز ان يكون ما صح من استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة من قبيل الاستثناء المنقطع فلا يلزم منه ما توهم بل على الحمل المذكور لا يتعين ان صحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة من قبيل الاستثناء المتصل او انه اذا اقر الوكيل بالخصومة عليه فلا يقول بكون الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل انما يقول بكونه من جنسه كما سيظهر من تقريرنا المصنف رحمه الله فلا يكون تعلق به ولو صح اذا استثنى الاقرار على المعنى المذكور في تقرير الجواب اعلم ان الشارح الكاكي والشارح العيني جعلا قول المصنف ويصح اذا استثنى الاقرار جوابا عن سؤال يرد على قولهم اي على قول زفر والشافعي رحمهما الله وقول ابي يوسف رحمه الله اولا وقرر السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهما ولما رأينا تفصيل ذلك اطنابا املا اعرضنا عنه على ان ما ال ما ذكره الكاكي في تقرير الجواب ما ذكر في النهاية وما ال ما ذكره العيني في تقريره ما ذكر في غاية البيان وقد عرفت حالهما قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة يعني الانكار لجريان العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار فيها اي في الخصومة الاهدى فالاهدى والاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية قال صاحب النهاية هذه المسألة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف ايضا كذا في المختلفات البرهانية انتهى وقد اقتفى اثره في ذلك اكثر الشراح الا ان صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية وقال صاحب غاية البيان وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية وظني انه اراد بذلك فكذا في اوكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة يعني لما كان الامر كما قلنا في الوكيل العلاج صح استثناء الموكل الاقرار لان الوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب ما وهو الاقرار وما قال التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار فيه التوكيل بالخصومة الاهدى في الخصومة فالاهدى ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المامور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر رحمه الله ان الخصومة والاقرار متضادان ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه اذا لو وكله بالجواب المطلق جاز ان يصح فعلم انه اذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد تحير بعض الشارحين في هذا المقام فقال هذه مسألة مبتدأة لا للاستشهاد والى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم عما ظن انه مراد بذلك مما لا ينبغي ان ينسب الى من له ادنى تمييز فضلا عن ان ينسب الى صاحب الهداية ذلك الامام الذي لن يسمح بمثله الادوار ما دار الفلك الدوار فان بين الكلام المذكور وما ظنه مراد ابعد لكن بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى فاني يتيسر الحمل على ان يكون احدهما سهوا عن الآخر واما ثانيا فلان الانجر عدم امكان تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره قوله لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار قلنا ان اراد به انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقول ابي يوسف رحمه الله آخرا بجواب هو خصومة فهو مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي رحمهما الله وقول ابي يوسف رحمه الله اولا كما هو مراده قطعا وان اراد بذلك انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول زفر رحمه الله والشافعي رحمه الله وقول ابي يوسف رحمه الله اولا ايضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع كيف وقد صرح في المختلفات البرهانية بان هذه المسألة ايضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة

وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا

قوله لان المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المأمور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر رح بين الخصومة والاقرار مضادة قلنا
لزفر رح ان يقول في مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ان الامر ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا اختار الامام فالامر يتقيد
بدلالة العرف صرح بهذا التقرير في الكافي والتبيين ولا شك ان اتفاق جواب المسئلتين لا يقتضي اتحاد دليلهما قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة
الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح قلنا لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم في طريقة الخلاف على انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح عند جميع الائمة حتى
زفر رح والشافعي رح فلا يتم مطلوبه واما صحة ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رح على قوله الآخر فمما لا شك فيه احد فانى ينفع ما رتبه عليه ههنا
نعم لو تم اقول الانصاف ان كون ما ذكره المص ههنا مسئلة مبتدأة خلافية غير موردة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما يبعد بشأن المص رح
اذ هو بصدد بيان ادلة اقوال المجتهدين في مسئلة التوكيل بالخصومة فما الضرورة في شروعه مسئلة اخرى في اثناء ذكر ادلة تلك المسئلة مع تمامها فالوجه عندي ان هذه
المسئلة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الاقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار بدلالة العرف ولهذا
يختار فيها الاجوبة فالاجوبة فكيف يتناول الاقرار ما اذا وكله بالخصومة بجواز احتمال التجوز بالخصومة مطلق الجواب مجازا نعم مسئلة التوكيل بالجواب ايضا محل الاختلاف
المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في المختلفات البرهانية ولا يحصل بها الزام الخصم الا ان ذكرها ههنا من قبيل ذكر المختلف على المختلف تنبيها
تحقيقيا عند المستدل وان لم يكن الزاميا ونظيره اكثر من ان يحصى فتدبر قوله وجه الاستحسان ان التوكيل يعني التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة صحيح
قطعا اي صحيح من كل وجه بالاجماع وصحته بتناوله ما يملكه قطعا اي صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه
وهو غير صحيح قال صاحب غاية البيان ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر او شرائها فانه يجوز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك ذلك بنفسه
لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما لان الوكيل وان لم يكن مملوكا قصدا ثم وجه لا يلحقه اللوم والاثم في ذلك على انا نقول ان المسلم اهل
في جنس التصرف لكنه حرام عليه لا في الصحة على حكم التصرف فيما هو ذاتية وما اشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد وقد عرف بيانه في اوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة ان يكون
الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام انتهى كلامه اقول في جوابه الثاني بحث لانه لا يدفع النقض اللازم ههنا بصحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها عند ابي حنيفة رح اذ
فانه اذا لم يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد فيجوز عند ابي حنيفة رح بناء على ذلك توكيل المسلم الذمي بما لا يملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشرائها ينبغي ان يجوز
عنده فيما نحن فيه ايضا صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك فلا يتم قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وقال صاحب العناية وان اختلج في ذهنك صحة توكيل
المسلم الذمي ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه انتهى اقول الذي تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في اوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المص رح ومن شرط الوكالة
ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قال صاحب العناية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل
ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به لا يجوز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله تملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي
وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد انتهى ولا يخفى ان مآله الى ما ذكره صاحب
غاية البيان في جوابه الثاني وقد بينا انه لا يدفع النقض ههنا بل يؤيده قوله وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب المتناول للانكار والاقرار جميعا دون احدهما
عينا اي دون احد الجوابين بعينه لانه ربما يكون احدهما بعينه حراما لان خصمه ان كان محقا يجب عليه الجواب بالاقرار وان كان مبطلا يجب عليه الجواب بالانكار
فلا يملك المعين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه دون وجه وحيث صح من كل وجه علم انه يتناول مملوكا من كل وجه وهو مطلق الجواب لا احدهما

وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابى يوسف انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاول وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه فى الثانى لكونه مجبورا عليه وتخيير الطالب فيه

تحت كل احد منهما طريق المجاز اى بين الخصومة ومطلق الجواب موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى على ما سيأتى عن قريب عند بيان قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله فى هذه المسئلة فيصرف اليه اى فيصرف التوكيل بالخصومة الى مطلق الجواب تحريا للصحة قطعا اى تحريا لصحة كلام الموكل قطعا فان كلام العاقل يصان عن الالغاء ولو استثنى الاقرار فعن ابى يوسف رح انه لا يصح جواب عن مستشهد زفر رح والشافعى رح يعنى لا نسلم صحة هذا الاستثناء بل لا يصح على قول ابى يوسف رح كما ذكره شيخ الاسلام فى شرح الجامع الصغير وفى اصول الفقه ايضا لانه اى لان الموكل لا يملكه اى لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم اعتبار الانكار عينا وقد لا يحل ذلك كما مر آنفا كذا ذكر فى العناية وكثير من الشروح اولان من ابطل صحة الاقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الوكيل الثمن او لا يسلم المبيع فان ذلك الاستثناء باطل كذا ذكر فى الكافى وفى بعض الشروح وعن محمد رح انه يصح يعنى ولئن سلمنا ان استثناء الاقرار يصح كما قال محمد رح فى ظاهر الرواية لكنه انما يصح لان للتنصيص اى لتنصيص الموكل على الاستثناء زيادة دلالة على ملكه اياه اى على تملكه الانكار وبيان ذلك انه انما لم يحل له الانكار بجواز ان يكون خصمه محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل وحال المسلم محمول على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق اى عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الاقرار يحمل على الاول اى يحمل كلامه على الاولى وهو مطلق الجواب بحال المسلم وعنه اى عن محمد رح انه فصل بين الطالب والمطلوب اى فصل بين المدعى والمدعى عليه فى استثناء الاقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناؤه فى الاول وهو الطالب ولم يصححه فى الثانى وهو المطلوب لكونه اى لكون المطلوب مجبورا عليه اى على الاقرار كذا فى النهاية وفى العناية نقلا عن النهاية وعلى تمكنا الانكار كذا فى كثير من الشروح وذكر فى غاية البيان وكذلك قال لكون المطلوب مجبورا عليه فى الخصومة وتخيير الطالب فيه اى فى اصل الخصومة فله تركها دونها كذا فى الكفاية وذكر فى التتمة عن محمد رح انه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه يعنى ان الوكيل اذا كان من جانب المدعى صح استثناء الاقرار لان المدعى كان مخيرا بين الاقرار والانكار اذ فى الاستثناء فائدة فى حقه واما اذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الاقرار لانه لا يفيد ذلك لان المدعى يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه او يضطر المدعى عليه على الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون هو مجبورا على الاقرار فكذلك وكيله الا ان التوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجرى فى الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدة كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا ولقائل ان يقول المدعى قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار لصحة اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا فى الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير فى كل حال فكان استثناؤه مفيدا الى هنا كلامه اقول فى الجواب نظر لانه اذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا على الاقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة فى استثناء الاقرار بل كان ذلك ايضا احتمالا محضا فمجرد الاحتمال كيف يجوز اساءة الظن بالمسلم والغاء كلام العاقل مع وجوب حمل امر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الالغاء واقول بقى ههنا بحث وهو ان الطالب ايضا قد يكون مجبورا على الاقرار لان اقرار الطالب لا يتصور من حيث انه مدع اذ الدعوى والاقرار متباينان بل متضادان وانما يتصور ذلك من حيث انه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ولا شك ان الطالب من حيث انه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا على الاقرار لا يقال المراد ان الطالب من حيث انه طالب اى مدع يصح منه استثناء الاقرار لعدم كونه مجبورا على الاقرار من هذه الحيثية بل مخيرا بخلاف المطلوب حيث انه مطلوب اى مدعى عليه فانه قد يكون مجبورا عليه لانا نقول الطالب من حيث انه طالب لما لم يتصور منه الاقرار قط لم يكن استثناء الاقرار هناك اصلا فضلا عن صحته فليتامل ثم قال صاحب العناية ولم يذكر المصنف الجواب عن مسئلة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصالح الوكيل

ولابى يوسف رح ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه ولهما ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج فى مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق عند طلب المستحق وهو الجواب فى مجلس القضاء فيختص به

بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم توجد مجوزة المجاز وفيه نظر فان فضلها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغى ان تجوز الاستعارة فالاولى ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما لا او نعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما يرجع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب الا حقيقة ولا مجازا الى هنا كلامه اقول فنظره الاول ساقط جدا لان الامر ان افضاء الخصومة الى الصلح والابراء اشد من افضائها الى الاقرار او مثل افضائها اليه كيف والخصم قد يضطر الى الاقرار عند عرض اليمين عليه بخلاف الصلح والابراء فان الخصم لا يضطر اليهما اصلا بل هو مختار فيهما مطلقا على انهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من قبول الخصم معا الى هنا كلام المجيب وهو الشارح الاتقانى فى تقرير جوابه حيث قال والجواب عن القياس على الصلح فنقول الا نسلم ان صلح الوكيل الذى هو خصومة ليست بسبب داع الى الصلح بل هو تصرف ابتداء متعلق باختيارهما انتهى فبعد ذلك شرع فى بيان ما هذا الاختلاف الواقع بين الائمة الثلاثة اى بعد ما ثبت ان التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله فقال ابو يوسف رح فى التسوية بين مجلس القضاء وغيره ان الوكيل قائم مقام الموكل فيقتضى هذا ان يملك ما كان الموكل مالكا له واقراره اى اقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء لان الاقرار موجب بنفسه لا يختص بمجلس القضاء لانه لا يكون سببا الا بانضمام القضاء اليه فكذا اقرار نائبه اى ايضا لا يختص بمجلس القضاء ولهما اى لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى في الفرق بين مجلس القضاء وغيره ان التوكيل اى التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة وهو الانكار او مجازا وهو الاقرار لما مرانه ينصرف الى مطلق الجواب مجازا عاما يتناول الخصومة الحقيقية وهى الخصومة المجازية هو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا فى مجلس القضاء فما كان منه فى غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار انما يكون خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب فى غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا فى غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به ثم بين طريق كون الاقرار من حيث انه جواب خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيما مر بما ذكره ههنا بقوله والاقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه اى الاقرار خرج فى مقابلة الخصومة جوابا عنها فسمى باسمها كما سمى جزاء العدوان عدوانا فى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وكما سمى جزاء السيئة سيئة فى قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها كذا فى المبسوط والاسرار قال صاحب العناية فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوى كما قررنا فى التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعيا وقال بعض الفضلاء بل الظاهر ان مجوزه المشاكلة اقول لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة وتعلق النظر فى مباحثها ان المشاكلة بمعزل عما نحن فيه وانما هى تمثيل ما نحن فيه بقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولكن جواز المشاكلة اتفاقى فى ذينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضى جوازه فيما نحن فيه بل انتفت او لانه اى الخصومة على تاويل التخاصم كذا فى النهاية وغيرها وقال فى معراج الدراية وفى بعض النسخ او لانها سبب له اى الاقرار وقد يسمى المسبب باسم السبب كما يقال صلوة العيد سنة مع انها واجبة باعتبار انها ثبتت بالسنة وكما يسمى جزاء السيئة سيئة اطلاقا لاسم السبب على المسبب فكان المجوز له السببية قال فى العناية وهو مجوز شرعى نظير الاتصال الصورى فى اللغوى كما عرف لان الظاهر اتيانه اى اتيان الخصم بالمستحق فيكون الخصومة سببا كما حيث افضى اليه ظاهرا كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العينى فلم يكون قوله لان الظاهر الخ تعليلا لقوله او لانه سبب له وقيل هو تعليل لقوله والاقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا ماحفظه القصر فى التقييد بقوله فى مجلس القضاء يعنى لا الاقرار فى غيره فتامل انتهى وبشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال لا اختصاص بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق الخ فتفكر وهو اى المستحق الجواب فى مجلس القضاء لا غير فيختص به اى فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء قال صاحب النهاية ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان اولى وفى ما دية المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء انما لم يقل لان الواجب لعدم النظر

لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه
لانه صار مناقضا فصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه

على دعوى الوجوب وسنده ما مر في اول كتاب الوكالة من الشارح ابين حكمهما انتهى اقول ليس هذا بشيء لان مداره على زعم ان ضمير عليه في قوله الانه
عليه ايفاء بالمستحق راجع الى الوكيل من حيث انه وكيل وليس كذلك بل هو راجع الى الخصم وهو الموكل حقيقة وان عد الوكيل ايضا خصما بالنيابة مقام الموكل
فالوجوب ههنا يصير حكم الخصومة لا حكم الوكالة ووجوب الجواب على الخصم مما لا يقبل المنع قطعا وما مر من صاحب العناية في اول كتاب الوكالة من ان جواز
الوكيل ما فوض اليه انما هو حكم الوكالة وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور ههنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سندا لمنع ذلك الا يرى انه يجب على الوكيل كثير من احكام ما باشره
كما قالوا الحكم في عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة وغيرهما الحقوق تجب على الوكيل دون الموكل مع اطباقهم على ان حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه
بالتوفيق في ذلك كله ان الوجوب حكم ما باشره والجواز حكم اصل الوكالة فلا تغفل لكن اذا اقيمت البينة على اقراره اي على اقرار الوكيل في غير مجلس القضاء يخرج
من الوكالة هذا استدراك من قوله تختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا لم يكن الاقرار في غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب ان لا يكون معتبرا و اخرج
عن الوكالة ومعناه لكن اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يؤمر الخصم بدفع المال اليه اي الى الوكيل لانه صار مناقضا في كلامه حيث كذب
نفسه بالقول الاول والمناقض لا دعوى له قال في الكافي حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه لا يمكن ان يبقى وكيلا بمطلق الجواب لانه لا يملك الانكار لانه يصير مناقضا
في كلامه فلو بقي وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا انتهى فصار اي صار الوكيل المقر في غير مجلس القضاء
كالاب او الوصي اذا اقر اي اقر واحد منهما في مجلس القضاء فانه لا يصح اقراره ولا يدفع المال اليه بيانه ان الاب او الوصي اذا ادعى شيئا للصغير فانكر المدعى عليه
وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع المال اليهما لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما
المدعى عليه بذلك هكذا ذكر في اكثر الشروح والاحسن ما ذكر في الكفاية من ان الاب والوصي اذا اقرا على اليتيم في مجلس القضاء انه استوفى حقه لا يصح
اقرارهما عليه لكن لا يدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الاخذ وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظر في الاقرار على الصغير انتهى ثم اعلم ان حاصل
هذه المسئلة اعني مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة اوجه الاول ان يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشيء آخر ففي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار بالاجماع ويصير وكيلا
بالاقرار ايضا عند علمائنا الثلاثة الثاني ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار ففي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار لان باستثناء الاقرار تبين ان التوكيل وقع بما هو
نفس الجواب ثم اذا دل صار مقيدا بالانكار هكذا ذكر شيخ الاسلام في الاصل وذكر الامام فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع ان هذا الاستثناء
على قول ابي يوسف رح لا يصح وعند محمد رح يصح وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح وكالة الاصل وفي الفتاوى الصغرى ان استثناء الاقرار من الطالب
يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد رح الثالث ان يوكله بالخصومة غير جائز الانكار ففي هذا الوجه يصير وكيلا بالاقرار ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف رح لا يصح الاستثناء الرابع ان يوكله بالخصومة جائز الاقرار عليه وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والاقرار حتى لو اقر صح اقراره على الموكل عندنا
خلافا للشافعي رح ويجب ان يعلم ان التوكيل بالاقرار صحيح عندنا ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عند ذكر محمد رح المسئلة في باب الوكالة بالصلح الخامس
ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار والانكار فلا رواية في هذا الوجه عن اصحابنا رح وقد اختلف المتاخرون فيه قال بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل اصلا لان التوكيل
بالخصومة توكيل بما هو خصومة وجواب الخصومة اقرار او انكار فاذا استثنى كلاهما لم يفوض اليه شيئا وحكي عن القاضي الامام صاعد النيسابوري انه قال يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت
حتى يحضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان هذا هو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل به
كل ذلك من الذخيرة ثم اعلم انه لو اقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا لا حقيقة

قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن

فيمكن فيه شبهة العدم في اقرار الكفيل فيورث شبهة في حياته بالشبهات كذا في التبيين قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه
اي بقبض المال عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك اي لم يكن الكفيل وكيلا في قبض المال عن الغريم ابدا اي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها حتى لو هلك المال في يده لم يهلك
على الموكل اما بعد البراءة فلانها المانع حال التوكيل لما نذكر ' فتعلق صحته كمن كفل لغائب فاجازه بعد ما بلغه فانها لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه
لم يصح ابتداء لعدم القبول فلا ينقلب صحيحا واما قبل البراءة فلما ذكره بقوله لان الوكيل من يعمل لغيره وهذا ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فانه عامل لنفسه في
ابراء ذمته فلو صححناها اي لو صححنا الوكالة فيما نحن فيه صار اي صار الوكيل عاملا لنفسه في ابراء ذمته لان قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل
فكان القبض وكيله فانعدم الركن اي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه
لا يصير وكيلا لما قلنا فان قيل اشكل على رب الدين اذا وكل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه يصح نص عليه في الجامع الكبير وان كان المديون في ابراء
نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ الاسلام في تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع
فكان للمنع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية ولئن سلمنا ذلك فنقول ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فلا يرد علينا نقضا لان كلامنا في التوكيل لا في
التمليك كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في الجواب نظر اما في المنع فلان ما ذكر شيخ الاسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد رح في الجامع حتى
يكون للمنع فيه مجال واما في التسليم فلان النقض ليس بنفس الابراء بل بالتوكيل بالابراء فما معنى قولهم ان كلامنا في التوكيل لا في التمليك على ان المنقوض ههنا
ليس نفس المسئلة بل دليلها المذكور فانه جار بعينه في صورة توكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هناك فلا فائدة في
دفع ذلك للفرق المذكور اصلا كما لا يخفى على العاقل الا ان يقال مرادهم ان التوكيل بالابراء في الصورة المذكورة تمليك حقيقة وان كان توكيلا صورة وكلامنا
في التوكيل الحقيقي لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة والدليل المذكور ايضا انما يجري في التوكيل الحقيقي لان كون الوكيل عاملا لغيره انما هو في ذلك وقد
قيل الى هذا التوجيه تقرير صاحب الكافي في الجواب عن السؤال المذكور حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه
في الجامع وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا انما يصح ثمة لانه تمليك لا توكيل كما في قوله طلقي نفسك انتهى فتأمل قال صاحب الكفاية
بعد نقل السؤال والجواب عن الكافي قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر انتهى اقول يمكن ان يعارض هذا بانه لو لم يكن تمليكا لما ارتد بالرد كما
اشير اليه في سائر الشروح حيث قيل ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فتدبر ثم ان الامام الزيلعي ذكر السؤال المذكور وجوابه في شرح الكنز على منهج
ما ذكر في الكافي بنوع تغيير عبارة في السؤال والجواب حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدائن يصح وان كان عاملا لنفسه في
براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله طلقي نفسك انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه فيه بحث لانه ان اراد انه تمليك
للدين فمسلم الظهور انه ليس تمليك الا ان يقال انه من قبيل المبالغة في التشبيه وان اراد انه تمليك للابراء كما في طلقي نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل
ايضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم في الدرس السابق ايضا انتهى اقول يجوز ان يختار كل واحد من شقي ترديده اما الاول فلسقوط منع ذلك بافادة الدليل
عليه بانه لو لم يكن تمليكا للدين بل كان اسقاطا له لما ارتد بالرد فان الاسقاط يتلاشى لا يرتد بالرد على ما عرف وقد اشار اليه الشراح بقولهم الابراء تمليك بدليل
انه يرتد بالرد واما الثاني فلسقوط النقض بذلك بالتوكيل فان التوكيل على ما مر في صدر كتاب الوكالة اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم فهو نيابة
محضة لا تمليك شيء اصلا فقوله فالتوكيل ايضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم في الدرس السابق ايضا ممنوع جدا اذ لم يعلم قط لا في الدرس السابق ولا في غيره

ومن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مأذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بينا قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره

آخر ان التوكيل تمليك شيء بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتمليك في مواضع شتى سيما في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق ثم قيل فينبغي ان لا يصح وكالة الكفيل في مسئلتنا لانه عامل لرب الدين قصدا وعلى نفسه ضمنا كان واقعا في ضمن عمله لغيره والضمنيات قد لا تعتبر واجيب بان الامر ذلك بل العمل لنفسه اصل والاصل ان يتبع التصرف كل عامل لنفسه لا لغيره وقيل لما استويا في جهة الاصالة ينبغي ان تبطل الكفالة بالوكالة لان الوكالة كانت طارئة على الكفالة وكانت ناسخة للكفالة كما اذا تأخرت الكفالة عن الوكالة فانها تكون ناسخة للوكالة فان الامام المحبوبي ذكر في الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للآمر صح الضمان وتبطل الوكالة اجيب بان الكفالة اقوى لانها لازمة فتصلح ناسخة للوكالة ولا تصلح الوكالة لها لان الشيء انما يكون منسوخا بما هو مثله او فوقه لا بما هو دونه والوكالة دون الكفالة في الرتبة لان الكفالة في الرتبة لان الكفالة عقد لازم لا يمكن للكفيل من عزل نفسه بخلاف الوكالة فلم يجز ان تكون الوكالة ناسخة للكفالة قال ولان قبول قوله اي قبول قول الوكيل لازم للوكالة هذا دليل آخر على المسئلة تقريره ان الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل لكونه امينا ولو صححناها اي لو صححنا الوكالة ههنا لا يقبل اي لم يقبل قوله لكونه مبرئا نفسه عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله فينعدم اي التوكيل الذي هو الملزوم بانعدام لازمه التي هي قبول قوله لان انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم وهو نظير عبد مأذون مديون اي ذكر مسئلتنا نظير مسئلة عبد مديون او بطلان الوكالة فيها فيه نظير بطلانها في عبد مديون وفي بعض النسخ ونظيره عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته اي ضمن المولى قيمة العبد سواء كان موسرا او معسرا للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب اي فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين بقبض المال من العبد كان باطلا اي كان التوكيل باطلا لما بينا من ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ نفسه فكان التوكيل باطلا قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى انه وكيل الغائب اي وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم اي المديون امر اي الغريم بتسليم الدين وفي بعض النسخ بتسليم المال اليه اي الى مدعي الوكالة لانه اي لان تصديق الغريم اياه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله اي لان ما يقضيه المديون خالص مال المديون اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها كما تقدم وتقرر فما اداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب اي رب الدين فصدقه اي صدق الوكيل فيها والا اي وان لم يصدقه دفع اليه اي الى رب الدين الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء اي استيفاء رب الدين حقه حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله اي القول في انكار الوكالة قول رب الدين مع يمينه لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فيفسد الاداء اي اداء المديون الدين الى مدعي الوكالة واذا فسد الاداء والدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا الى رب الدين فيرجع به اي فيرجع المديون بما دفعه اولا على الوكيل اي على مدعي الوكالة ان كان باقيا في يده اي ان كان ما دفعه الى الوكيل باقيا في يده لان غرضه اي غرض المديون من الدفع اي من الدفع الى الوكيل براءة ذمته من الدين ولم يحصل اي لم يحصل البراءة فله ان ينقض قبضه اي فللمديون ان ينقض قبض الوكيل وان كان ضاع اي ان كان ما دفعه الى الوكيل ضاع في يده لم يرجع اي المديون عليه اي على الوكيل لانه اي المديون بتصديقه اي بتصديق الوكيل اعترف انه اي الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه وهو اي المديون مظلوم في هذا الاخذ اي في الاخذ الثاني وهذه الجملة اعني قوله وهو مظلوم في هذا الاخذ معطوف على ما في حيز ان في قوله اعترف انه محق في القبض فالمعنى ان المديون بتصديق الوكيل اعترف ايضا انه زعم انه مظلوم في هذا الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فلا يأخذ المديون من الوكيل بعد الهلاك قال صاحب العناية فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع

قال إلا أن يكون ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه في الوكالة وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه في الوكالة وهذا أظهر

ينقضه إذا لم يحصل غرضه من التسليم وأما إذا هلكت فلم يكن ينقضه فلم يرجع عليه انتهى أقول للقائل أن يقول البحث في القبض كما لا يرجع عليه شيء إذا لا يتيسر نقض قبضه فيها بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه مال المظلوم كما لا يجوز أن يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له أن يتوسل إليه بوسيلة كنقض القبض ههنا فلا يتم الجواب المذكور فالجواب الحق أن الوكيل إن كان محقا في القبض على زعم المديون إلا أن قبضه لم يكن لنفسه أصالة بل كان لأجل الإيصال إلى موكله بطريق النيابة فلم يكن ما قبضه ملك نفسه فإذا أخذ الدائن من المديون ثانيا ولو كان ظلما في زعم المديون لم يبق للوكيل حق إيصال ما قبضه إلى الموكل لوصول حق الموكل إلى نفسه من الغريم فإذا كان عين ما قبضه الوكيل باقيا في يده ولم يكن رجوع المديون عليه مبطلا لإيصاله إلا أن قبضه لم يكن لملك نفسه بل كان متمحضا لأجل الإيصال إلى موكله فإذا امتنع حق الإيصال إلى الموكل لم يبق للوكيل حق في قبضه أيضا فلذلك لعدم حصول غرضه من القبض ابتداء بخلاف ما إذا كان عين ما قبضه هالكا فإن ما قبضه وإن لم يكن ملك نفسه إلا أن يده كانت يد أمانة على زعم المديون حيث صدقه في الوكالة وتضمين الأمين ظلم بلا شك ثم إن الإمام الزيلعي قال في التبيين بعد ما ذكر هذا ولو كان لرجل ألف درهم على آخر دين فمات وترك ابنين فادعى المديون أن الميت استوفى منه الألف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمس مائة ويرجع بها الغريم على المصدق وفي زعمه أن المكذب ظالم له في الرجوع عليه فظلمه هو للمصدق بالرجوع بما أخذه المكذب وذكر في الأمالي أنه لا يرجع لأن الغريم زعم أنه بريء عن جميع الألف إلا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة ووجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين لأن الديون تقضى بأمثالها فإذا كذبه الآخر وأخذ منه خمس مائة لم تسلم له البراءة إلا عن خمس مائة فبقيت خمس مائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذه بما ورثه بالإرث حتى يستوفي لأن الدين مقدم على الإرث إلى هنا كلامه فتأمل. قال أي المصنف في البداية إلا أن يكون ضمنه عند الدفع هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني إذا ضاع في يده لم يرجع عليه إلا أن يكون ضمنه عند الدفع وهذا اللفظ مروي بالتشديد والتخفيف ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مستندا إلى المديون والضمير البارز راجعا إلى الوكيل وفي التخفيف على العكس فإن معنى التشديد هو أن يجعل المديون الوكيل ضامنا عند دفع المال إلى الوكيل بأن يقول له اضمن لي ما دفعته إليك عن الطالب حتى لو أخذ الطالب مني ثانيا أخذ منك ما دفعته إليك ومعنى التخفيف هو أن يقول الوكيل للمديون أنا ضامن لك إن أخذ منك الطالب ثانيا فأنا أرد عليك ما قبضته منك وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل لأن المأخوذ ثانيا مضمون عليه أي على رب الدين في زعمهما أي في زعم الوكيل والمديون لأن رب الدين صار قابضا حقه فيما قبضه ثانيا وهذه أي هذه الكفالة أضيفت إلى حالة القبض أي قبض رب الدين ثانيا فتصح أي فتصح هذه الكفالة لأنها أضيفت إلى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين فصارت بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان أي بما يذوب أي يجب له عليه وهذا أصل قد مر تقريره في كتاب الكفالة ووجه المشابهة بينهما كون كل واحدة منهما كفالة أضيفت إلى الحال وجب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه أي لم يصدق الوكيل في الوكالة يعني ولم يكذبه بل كان ساكتا لأن فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا ودفعه إليه أي دفع المال إلى الوكيل على ادعائه أي بناء على مجرد دعوى الوكيل فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه أي الغريم لم يصدقه أي الوكيل في الوكالة وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة أو على رجاء أن يجيزه صاحب المال فإذا انقطع رجاؤه أي رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه رجع عليه أي رجع الغريم أيضا على الوكيل وكذا إذا دفعه إليه أي وكذا الحكم إذا دفع الغريم المال إلى الوكيل على تكذيبه أي على تكذيب الغريم إياه أي الوكيل في الوكالة أي في دعوى الوكالة وهذا أي جواز رجوع المديون على الوكيل في صورة التكذيب أظهر أي أظهر من جواز رجوعه عليه في الصورتين الأوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت لأنه لما رجع عليه في تينك الصورتين مع أنه لم يكذبه فيهما فلأن يرجع عليه في هذه الصورة وقد كذبه فيها أولى بالطريق لأنه إذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب

لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين ومن ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه

قطعا لما قلنا اشارة الى قوله لما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل لا الطرفين كما لا يخفى وفي الوجوه كلها يعني الوجوه الاربعة المذكورة وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس له اي ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا وهو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة التكذيب كذا في عامة الشروح اقول الحق في بيان كونه او محتملا ان يقال وهو في حالة التكذيب وحالة السكوت ليتناول كلامه الوجوه المذكورة كلها وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستورا لحال فصار اي حكم الحكم في الوجوه كلها كما اذا دفعه اي كما اذا دفع الغريم المال الى فضولي على رجاء الاجازة من صاحب المال فان الدافع هناك لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة فكذا هنا ولان من باشر التصرف لغرض عطف على قوله لان المؤدى صار حقا للغائب ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه اي عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود كما اذا كان الشفيع وكيلا للمشتري ليس له الشفعة لانه لو كان له الشفعة كان ساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع ولم يذكر المصنف ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يحلف اولا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة رح ويحلف على قولهما انه ادعى عليه الاقرار لمستقبلا اذا انكره يحلف كنه على العلم لانه على فعل الغير ولهذا ان الاستحلاف يبتني على دعوى صحيحة ولم يثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف ولما لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين هل الحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد ثبتت الوكالة في حقه باقراره كذا في العناية اخذا من النهاية وذكر في الكافي اذا دفع الغريم المال الى الوكيل ثم اقام البينة على انه ليس بوكيل او اقام البينة على اقراره ان الطالب ما وكله بالقبض او اراد ان يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لان كل ذلك يبتني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغائب فان اقام الغريم البينة على ان الغائب جحد الوكالة وقبض المال منه تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فيتعذر قبض الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت الشيء ضمنا وضرورة وان لم يثبت قصدا انتهى ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه هذا لفظ القدوري في مختصره علله المصنف بقوله لانه اي المودع بفتح الدال اقر له اي للوكيل بمال الغير وهو المودع بكسر الدال فانه اقر بقيام الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين حيث يؤمر المديون بالتسليم الى الوكيل الذي صدقه في وكالته على ما مر فان الديون تقضى بامثالها فكان اقرار المديون اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض كما ذكره الامام قاضيخان ثم ان الوجوه الاربعة المذكورة في الوكيل بقبض الدين واردة في الوكيل بقبض الوديعة ايضا فانه قال في المبسوط واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلته وحلف على ذلك وضمن المال المستودع رجع المستودع بالمال على القابض ان كان بعينه وان كان استهلكه بادائه ضمانه او قال انه هلك مني او دفعته الى الموكل فهو على التفصيل الذي قلنا ان صدقه المستودع في الوكالة ثم لم يرجع عليه بشيء وان كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه او صدقه وضمنه كان له ان يضمنه لما قلنا انتهى وذكر في الفوائد الظهيرية في فصل الوديعة اذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم اراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الجامع الصغير انه لا يملك الاسترداد لانه ساع في نقض ما اوجبه وقال ايضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله انتهى ولو ادعى اي لو ادعى احد في بعض النسخ فلو ادعى ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري انه الضمير للشان مات ابوه اي اب المدعي وترك الوديعة ميراثا له اي للمدعي لا وارث له اي للميت غيره اي غير المدعي وصدقه المودع امر بالدفع اليه اي الى المدعي امر المودع بدفع الوديعة الى ذلك المدعي اقول من العجائب

لانه لا يبقى ماله بعد موته فبطل القضاء

هنا ابن الشارح العيني قال في تقرير هذه المسئلة اي فلو ادعى من قال اني وكيل انه اي ان فلانا مات المودع الخ فلا يخفى على من له ادنى مسكة ان
هذه المسئلة مسئلة الوديعة ذكرت تفريعا على مسئلة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما في الحكم وانه لا مجال لان يكون الضمير المستكن فيه ولو ادعى اي فلو ادعى عائدا
الى من قال اني وكيل لان المودع لا يومر بالتسليم الى مدعي الوكالة اصلا قال الشراح وفي تعليل هذه المسئلة لانه اي لان مال الوديعة لا يبقى ماله اي
مال المودع بعد موته اي بعد موت المودع قال صاحب النهاية ماله بالنصب قال كذا كان معربا باعراب شيخي اي لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته
اي منسوبا اليه ومملوكا له فكان انتصابه على تاويل الحال كما في كلمته فاه الى في اي مشافها انتهى وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ما في النهاية
بعينه ويجوز الرفع وقال صاحب غاية البيان قوله لا يبقى ماله بالنصب على انه حال كما في قولهم كلمته فاه الى في
يعني لا يبقى مال الوديعة مال ابيه بعد موت ابيه انتهى وقال صاحب العناية وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله وجعله حالا كـ
كلمته فاه الى في اي مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غير من الشارحين وارى انه ضعيف لان الحال
مقيد للعامل فكلمته يجوز ان يكون مقيدا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى محصل
والظاهر في اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث انتهى كلامه اقول فيه نظر اذ لا ارى انه قد تقرر
في علم البلاغة انه يجوز احتمال هذا التركيب ان يعتبر القيد اولا فيحول المعنى الى نفي القيد وان يعتبر النفي اولا فيحول المعنى الى تقييد النفي وتعين كل
واحد من الاعتبارين بقرينة تشهد له فان اراد بقوله واما قوله لا يبقى مال المودع حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر انه ليس له معنى ظاهر
على الاعتبار الاول فمسلم اذ لا يخفى ان نفي بقاء مملوكية مال الوديعة للمودع وانتسابه اليه بعد موته معنى ظاهر مقبول وان اراد بذلك انه ليس له معنى ظاهر
على الاعتبار الثاني فمسلم لكن المراد ههنا هو الاعتبار الاول كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على تقدير رفع ماله على انه فاعل لا يبقى يصير المعنى لا يبقى عين ماله بعد
موته وليس هذا المعنى بصحيح اذ المال باق بعينه بعد موته وانما المنتفي بعد موته مملوكيته وانتسابه اليه وذلك من اوصاف المال فما جاء الفهم من النصب
على الحالية ولا الفهم من الرفع على الفاعلية اللهم الا ان يدعي انه يوجد من اضافة المال الى الضمير الراجع الى المودع لكنه بعيد جدا فان الظاهر في افادته المعنى
المقصود هو النصب كما لا يخفى ثم ان الشارح العيني قد زاد في الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما في النهاية وما في العناية والصواب هو الرفع على ما قال الا
وقد فاته شيء آخر وهو ان من شرط الحال ان يكون من المشتقات والمال ليس منها الا انه يجوز بالتاويل ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في انه نصب
على الحال انه حال على تاويل متمولا اي لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان له وجه انتهى اقول ليس بازاده شيء اما قوله ان من شرط الحال ان يكون
من المشتقات فمم الا يرى الى قول ابن الحاجب وكل ما دل على هيئة صح ان يقع حالا مثل هذا بسرا اطيب منه رطبا وليس بسلم ذلك بنا رطة قول
جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالا بالتاويل بالمشتق مما لم ينكره احد من النحاة وقد اعترف به نفسه ايضا حيث قال الا انه يجوز بالتاويل وقد اجاب
صاحب النهاية التاويل ههنا حيث قال منسوبا اليه مملوكا له فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغوا من الكلام واما قوله
ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في انه نصب على الحال انه حال على تاويل متمولا اي لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان له وجه فمما لا ينبغي ان
يتفوه به العاقل لان المتمول انما هو المالك لا المال قطعا فكيف يتصور تاويل المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له بل على تقدير ارجاع ضميره
الى الميت لا يبقى له ارتباط بالمقام كما لا يخفى على ذوي الافهام فقد انتقلت معه الوراثة والمودع وقال العيني اي الذي ادعى الوكالة والمودع

على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا
كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه **قال** فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم
ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق

والمودع اقول هذا بناء على فساد الناقد السابق وقد عرفت حاله على انه متعلق بالنقا اي فقد اتفقا على ان مال الوديعة مال الوارث فلا بد من الدفع اليه قال
صاحب التسهيل اقول فيه اقرار على الغير بالموت فينبغي ان لا يؤمر بالدفع حيث يثبت موته عند القاضي انتهى فتامل قوله ولو ادعى اي ولو ادعى احد انه اشترى الوديعة
من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر اي لم يؤمر المودع بالدفع اليه اي الى مدعي الشراء وهذه المسئلة ايضا ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري ولهذا لم يذكرها في البداية
وقال في تعليلها لانه اي لان صاحب الوديعة ما دام حيا كان اقراره بملك الغير اي كان اقرار المودع لمدعي الشراء اقرارا بملك الغير وهو صاحب الوديعة لانه اي
من صاحب الوديعة من اهله اي من اهل الملك فلا يصدق اي مدعي الشراء والمودع المصدق اياه في دعوى البيع عليه اي على صاحب الوديعة قال صاحب العناية وقائل
ان يقول قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الوكالة
ولهذا صدرها ههنا بقوله ولو ادعى وهنالك بقوله من اقر انتهى اقول لا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة الى هنا كلامه اقول تضعيف
ساقط لان ذكر المسئلة المتقدمة عليهما وهي مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة تقتضي ذكرهما عقيبها لان ذكرها لما اوقع في ذهن السامع ان الحكم فيهما ايضا كالحكم فيها
امر بان ذكرهما المصنف ره عقيبها في باب على سبيل التفريع عليها ازالة للاشتباه ببيان الفرق بينهما وبين حالهما وبيان الاشتراك في الحكم مع الاخرى فكان
ايرادهما في هذا الباب في غاية المناسبة قال اي محمد رح في الجامع الصغير فان وكل وكيلا بقبض ماله اي ان وكل رجل وكيلا بقبض ماله على غريمه فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه
اي فان الغريم يدفع المال اليه اي يؤمر بدفع المال الى الوكيل قال المصنف رح في تعليله لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه اي بمجرد دعوى الغريم
بلا حجة فلا يؤخر الحق اي حق القبض الى تحليف رب الدين قال صاحب النهاية فان قيل لا نسلم ان الوكالة قد ثبتت فبأي دليل يعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء
المديون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان المديون اذا كان مستوفى من جانب من له
الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى قلنا لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا باصل الحق لان الايفاء
ان قول المدعى عليه يتضمنهما اقرارا بالدين عند دعوى المدعي فكذلك فلما ثبت الدين باقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضي عليه بالايفاء كما لو
ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالايفاء فكذا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل انتهى اقول جوابه منظور فيه اذ الكلام في ان
ادعاء الغريم استيفاء رب الدين دينه يتضمن الاعتراف باصل الحق وانما الكلام في ان الوكالة باي دليل ثبتت ومجرد عدم انكار الوكالة لا يقتضي الاعتراف بثبوتها
الا يرى انه لو سكت او تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد مقرا للوكالة فكيف اذا تكلم بما يشعر بانكار الوكالة وقد اشار اليه السائل بقوله بل هو دليل على عدم
صحة الوكالة الى قوله فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى فكان الغريم قال انت لا تصلح للوكالة اصلا لعدم استيفاء صاحب المال حقه فضلا عن ان تقع وكيلا
منه تدبر وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال في بيان المسئلة ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في الرجل على آخر
مال فوكل وكيلا بقبضه فاقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال واستحلفه ثم قال في
شرح قول المصنف رح لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك انتهى اقول لقائل ان يقول لو كان مراد قول المصنف لان الوكالة قد ثبتت بل اذ
النفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد اقامة الوكيل البينة على الوكالة في وضع هذه المسئلة لما وسع للمصنف في بدايته وهدايته ولعامة المشائخ في تصانيفهم
المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسئلة ولا ينبغي ان يدعى كون تركهم اياه بناء على ظهور اعتباره كيف وقد ذهب اعتباره ذلك على كثير من الثقات كصاحب النهاية
وصاحب التبيين وغيرهما حتى ذهبوا الى توجيه آخر في دفع السؤال المذكور فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغني عن ذكره في عامة الكتب لما خفي على مثل هؤلاء الاعلام

قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائبه قال ومن وكل رجلا بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد

ويتبع اي يتبع الغريم رب المال فيستحلفه اي يستحلف الغريم رب المال على عدم الاستيفاء رعاية لجانبه اي جانب الغريم فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع الغريم القابض فيسترد ما قبضه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان قال فخر الاسلام رحمه الله انما يحلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على انه لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة كذا في الشروح اخذا من الايضاح قال اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير وان وكله بالرد بعيب في جارية اي ان وكله برد جارية بسبب عيب فادعى البائع رضى المشتري اي رضاه بالعيب لم يرد عليه اي لم يرد الوكيل على البائع حتى يحلف المشتري يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف على انه لم يرض بالعيب بخلاف ما مر من مسئلة الدين حيث يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف رب الدين قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين الى الوكيل بدون تحليف الوكيل اقول ليس هذا بمعنى المقام قطعا اذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل في الفرق بين المسئلتين فان الوكيل لا يحلف في شيء منهما اصلا ثم اعلم انه ذكر في المبسوط الفرق بين المسئلتين ومسئلة العيب من وجهين احدهما ان في الدين حق الطالب ثابت بيقين وليس في دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافي ثبوت اصل حقه لكنه يدعي الاستيفاء بعد تقرر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط واما في العيب فان علم المشتري بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه في الرد اصلا فالبائع لا يدعي مسقطا بل ينكر ان حقه في الرد لم يثبت اصلا فلا بد من ان يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه والثاني ان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد والعقد اذا انفسخ لا يعود فلو اثبتنا حق الرد تضرر به الخصم في انفساخ عقده عليه واما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقد فاذا حضر الموكل فابى ان يحلف يؤمر المطلوب الى قضاء حقه فلهذا امر بقضاء الدين وهذا الوجه الثاني من الفرق هو الذي اراده المصنف بقوله لان التدارك ممكن هنالك اي في مسئلة الدين باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله اي نكول الموكل عن اليمين في القضاء انما ينفذ ظاهرا لا باطنا لان القاضي الامر بالتسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة كذا في الكافي والكفاية وفي الثانية اي في المسئلة الثانية وهي مسئلة الرد بالعيب غير ممكن اي التدارك غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عنده كما مر في كتاب القضاء وفي كتاب النكاح ايضا ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك اي بعد ان مضى القضاء بالفسخ على الصحة لانه اي التحليف لا يفيد فانه لا معنى للفسخ ولا يرد بالنكول المرتب في الاستحلاف فائدة قطعا كذا في معراج الدراية في تفسير قول المصنف بعد ذلك اي بعد نكول الموكل وتبعه الشارح العيني اقول هذا التفسير فاسد لا يساعده معنى المقام حينئذ ولا يستحلف المشتري عنده بعد نكول المشتري وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن وفي الذخيرة وان لم يكن للبائع بينة على رضى الامر بالعيب ورد الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الامر وادعى الرضى واراد اخذ الجارية فابى البائع ان يدفعها اليه فقال له القاضي البيع فلا سبيل لك فان القاضي لا يلتفت الى قول الامر ويرد الجارية على الامر لان الامر مع البائع تصادقا على ان الجارية ملك الامر لان البائع اقر برضى الامر بالعيب فلزمه الجارية اياه وصدقه الامر في ذلك فثبت التصديق الى وقت الاقرار ويثبت بهذا التصادق ان القاضي اخطأ في قضائه بالرد وان قضاه بالرد نفذ ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الامر فيه البائع وكان للامر ان ياخذ بعض مشايخنا قالوا هذا على قول محمد رح واما على قول ابي حنيفة رح لا سبيل للامر على الجارية وبعضهم قالوا هذا قول الكل هو الاصح لان القاضي ههنا البيع لم يكن بناء على دليل صحيح لما تبين مع انه كان يجب بالدليل المسقط للرد وهو رضى الامر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه وفي مثل هذا لا ينفذ باطنا لما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمه نص بخلافه انتهى وكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير ايضا ونقل في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب

واما عندهما فالواجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين لانه لا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يتحد في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر النظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فيما تقدم ...

ثم ان صاحب العناية ذكر ذلك ههنا على وجه الاعتراض والجواب حيث قال اعترض بان الوكيل اذا رد على البائع بالعيب ثم ظهر المشتري اي الرضى بالعيب استرد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشتري واجيب بان الرواية عن محمد رح فاما على قول ابي حنيفة رح فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجب دليل وانما كان للعمل بالدليل المستقر للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه لتصادقهما في الآخر على وجود الرضى من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده ثم نص بخلافه وقالوا هذا اصح انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره في الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقويه لانه اذا جاز نقض القضاء ههنا عند ابي حنيفة رح ايضا بسبب كان تعين ان القضاء بالفسخ ههنا لم يكن ماضيا على الصحة عنده ايضا فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسئلتين فتأمل الا عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالوا اي المشائخ يجب ان يتحد الجواب على هذا اي على الاصل المذكور في الفصلين اي في فصل الدين وفي فصل الرد بالعيب لا يؤخر اي لا يؤخر القضاء بالرد الى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين الى تحليف رب الدين لان التدارك ممكن اي في الفصلين معا عندهما لبطلان القضاء يعني ان عدم التأخير الى تحليف رب الدين في فصل الدين انما كان لان التدارك ممكن عند ظهور الخطأ في القضاء باسترداد ما قبضه الوكيل وهذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب ايضا لان قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما انما ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية عليه فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر اي القضاء في الفصلين لانه اي لان ابا يوسف رح يعتبر النظر اي النظر للبائع كذا في الشروح اقول الاولى ان يقال اي النظر للخصم ليكون انسب بالتعميم للفصلين كما ستقف عليه حتى يستحلف اي ابو يوسف رح المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع يعني ان من مذهب ابي يوسف رح ان القاضي لا يرد المبيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا او ادعى الرضا لم يستحلف بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع فاذا كان المشتري او رب الدين غائبا فالاولى ان لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان ونظرا للبائع والمديون فينتظر للنظر اي فينتظر في الفصلين نظرا للبائع والمديون قال في العناية فينتظر للنظر اي للبائع فعلى هذا ينبغي ان ينتظر في الدين لنظر الغريم انتهى وقال في غاية البيان فعلى هذا ينتظر عنده في الدين ايضا لنظر الغريم وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى وقال في النهاية لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنكول اذا كان غائبا انتهى اقول لا يخفى ان كل واحد منها تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية اليه فالوجه ما قررناه فتبصر قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله اي ليصرفها الى نفقة اهله فانفق عليهم عشرة من عنده اي من مال نفسه فالعشرة بالعشرة اي فالعشرة التي انفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التي اخذها من الموكل يعني لا يكون الوكيل متبرعا فيما انفق بل ما اخذه من الموكل يصير ملكا له قال الامام التمرتاشي هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شراء النفقة وكان يضيف العقد اليها او كان مطلقا لكن ينوي تلك العشرة اما اذا كانت عشرة الدافع مستهلكة او كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة وكذا الوكالات المتعلقة بها كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية وقال في الكفاية بعد ذلك وقيل لا تتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة بقيامها بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما قال المصنف في تعليل ما في الكتاب لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه اي في الوكيل بالشراء ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية فهذا اي ما نحن فيه ليس كذلك بالانفاق كذلك لان الوكيل بالانفاق على الاهل قد يضطر الى شراء شيء لصلح نفقتهم ولا يكون مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يؤدي ثمنه من ماله

وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق

تضمن اشتراء فلا يدخلانه والله اعلم

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير

نفقه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال اعلم ان محمدا رح لم يذكر في الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر فيه مسئلة قضاء الدين فقال اذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء دينى فدفع الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس ان يدفع التي احتبسها الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع ولكني ادع القياس في ذلك واستحسن ان اجيزه الى هنا لفظ الاصل وانما ذكر مسئلة الانفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا اي شراح هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يرد على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان مستهلكا وهو قول زفر رح وهذا معنى قول المصنف وقيل هذا استحسان

اي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا اي ليس للوكيل انفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل بل اذا انفق عشرة نفسه يصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن وجه القياس ان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه انفق لغير امر الموكل فيصير متبرعا وجه الاستحسان ما ذكره المصنف فيما مر انفا وقيل ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء الخ وقال في شروح الجامع الصغير القياس المشائخ من قال ليس في قضاء الدين معنى الشراء فوجد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد رح في الاصل فاما الانفاق ففيه شراء فلا يختلف فيه

وجه القياس والاستحسان بل يصح ذلك قياسا واستحسانا حتى يرجع الوكيل على الموكل بما انفق قياسا واستحسانا وهذا معنى قول المصنف وقيل القياس والاستحسان

في قضاء الدين لانه ليس بشراء وهذا وجه القياس يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلم تجعله متبرعا لا رضينا فيما لم يرض فجعلناه متبرعا قياسا ووجه الاستحسان ما ذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله ان المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له انتهى فاما الانفاق فانه تضمن الشراء لان الآمر بالانفاق امر بشراء

الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة ثم تثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم نجعله متبرعا قياسا فيها

فلا يدخلانه اي فلا يدخل القياس والاستحسان في الانفاق بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في ان الوكيل لا يكون متبرعا بالانفاق من مال نفسه

باب عزل الوكيل اخر باب العزل لان العزل يقتضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا قال اي القدوري في مختصره وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه اي حق الموكل فله ان يبطله اي فللموكل الذي هو صاحب الحق ان يبطل حقه الا اذا تعلق به اي بالوكالة ذكر الضمير بتأويل كونها حقا حق الغير فحينئذ ليس له ان يعزله بلا رضى ذلك الغير وذلك بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب اي بالتماس من جهة المدعي لما فيه اي

لما في العزل في هذه الصورة ابطال حق الغير وهو ان يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه وابطال حق الغير لا يجوز وقيد بالطلب لانه لو لم يكن وكيلا بالطلب فيملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا او غائبا وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب اي المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا او غائبا ثم ان عدم صحة العزل اذا كان بطلب من جهة الطالب فيما اذا كان العزل عند غيبة الطالب واما اذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء رضي به الطالب اولا هذه القيود مستفادة من صريح ما ذكر في الذخيرة حيث قال فيها واذا اعزل الوكيل حال غيبة خصمه فهو على وجهين الاول

ان يكون الوكيل وكيل الطالب في هذا الوجه العزل صحيح وان كان المطلوب غائبا لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه لان خصومة الوكيل حق الطالب و

ابطال الانسان حق نفسه صحيح من غير ان يتوقف على حضرة غيره والوجه الثاني ان يكون الوكيل وكيل المطلوب وانه على وجهين ايضا الاول ان

يكون الوكيل من غير التماس احد ففي هذا الوجه العزل صحيح وان كان الطالب غائبا والوجه الثاني اذا كان التوكيل بالتماس احد كالطالب ان التماسه

ففي هذا الوجه الوكيل غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال لان هذه الوكالة غير لازمة لانه لا تعلق لما قبل علم الوكيل بها كان الاخراج

وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم

واما ما في شرح الطحاوي من الرواية التي شرط فيها علم التوكيل لصيرورته وكيلا ان كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل او كان غائبا ولكن قد علم بالوكالة ولم يردها فان كانت
الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به الطالب او سخط لان بالتوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو حق ان
يحضره مجلس القاضي فيخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل المطلوب به ربما يغيب
قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا فيبطل حقه اصلا اما اذا كان الطالب حاضرا فحقه لا يبطل اصلا لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع
المطلوب ويمكنه ان يطالب من القاضي بان ينصب وكيلا آخر الى هنا لفظ الذخيرة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله
صحيح بغير علم المطلوب ولا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب او
من يقوم مقامه فكذلك ايضا وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة اولا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره
المصنف ثم وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور
في الكتاب مستثنى ويصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكره المصنف ره
لان المسئلة ليست اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرنا انتهى كلامه واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور اولا واجاب حيث
قال فيه بحث فان المذكور اولا ليس عزل الوكيل بالبيع والشراء تنبيها لعموم كلام القدوري وجوابا بان القصر اضافي اي دون عزل وكيل المطلوب انتهى اقول
جوابه ليس بتام فان المذكور اولا هو قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة ليعم عزل وكيل المطلوب ايضا الذي لم يكن بطلب من جهة الطالب
او من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الاضافي بمعنى لا عزل وكيل المطلوب ثم اقول الحق الصريح ان كلام القدوري الذي ذكره المصنف ههنا اولا هو
قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة يعم جميع الصور التي ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل وقد استثنى المصنف منها صورة واحدة وهي عزل
الوكيل المطلوب بطلب من جهة الطالب فبقي ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب ولا شيء في ذلك كما ينبئ عنه التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الوكالة
حقه فله ان يبطله فما زعمه الشارح المذكور من كون المذكور اولا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور في الكتاب
اصلا ساقط قوله صار اي صار التوكيل الذي كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن اي كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بان وضع الرهن
على يدي عدل وشرط في الرهن ان يبيعه العدل او المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الاجل فانه اذا اراد الراهن ان يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له
ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق كما يأتي تفصيله في كتاب الرهن كذا قالوا لتعلق حق الوكيل بعين من اعيان الموكل لا يملك اخراجه عن الوكالة
بان امره ان يبيع ويستوفي الدين من ثمنه كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وقيل هو اي وجه الفرق بين الوكيل في الخصومة بطلب من جهة الطالب وبين الوكيل
الذي يثبت وكالته في ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل في الاول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وان لم يرض به الخصم ولا يملك في الثاني عزله حال حضرة
المرتهن اذا لم يرض به المرتهن مع ان في كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه هذا بذاك واجيب بان الفرق بينهما من حيث
ان العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب اصلا لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل حال حضرة
المرتهن يبطل حقه في البيع اذ لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع واما وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل
في غيبته قال اي القدوري في مختصره فان لم يبلغه العزل اي فان لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل اياه فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم اي حتى

لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتد

يعلم اي الوكيل عزله وهذا عندنا وبه قال الشافعي رح في قول ومالك رحمه الله في رواية واحمد رح في رواية وقال الشافعي رح في الاصح ينعزل به وقال مالك رح في رواية واحمد رح في رواية لان نفوذ الوكالة بحق للموكل فهو بالعزل يسقط حق نفسه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه الا يرى انه يطلق زوجته ويعتق عبده وبغير علمهما وان لم يكن للموكل ولاية عليه فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك ولاية عليه من جهته وذلك لا يجوز ولكنا نقول العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فان اهل قبا كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا وكذلك كثير من الصحابة رضي الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل قوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا وهذا لان الخطاب مقصود للعمل ولا يمكن من العمل ما لم يعلم به ثم ان النكتة فيما نحن فيه ما ذكره المص بقوله لان في العزل اي في عزل الوكيل من غير علمه اضرارا به اي بالوكيل من وجهين احدهما ما اشار اليه بقوله من حيث ابطال ولايته فان في ابطال ولايته تكذيبا له لان الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء ان له ولاية ذلك بالوكالة وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل وتكذيب الانسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة والثاني ما اشار اليه بقوله او من حيث رجوع الحقوق اليه اي الى الوكيل فانه يتصرف فيها بناء على رجوعها اليه فينقد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فلو كان معزولا قبل العلم كان التصرف واقعا له فيضمنه اي فيضمن الثمن بعده وما سلمه فيتضرر به والضرر مدفوع شرعا ثم ان الوجه الاول عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك واما الوجه الثاني فمختص بالتصرفات التي ترجع فيها الحقوق الى الوكيل ومن الموكل بالبيع والشراء ونحوهما ولهذا قال المص ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول يعني ان التوكيل بالنكاح وغيره سيان في الحكم المذكور وهو عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا الى الوجه الاول وفي الذخيرة وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى وهكذا ذكر في سائر معتبرات الفتاوى قال في المحيط البرهاني واذا جحد الموكل الوكالة وقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا هكذا ذكر في الاجناس في مسائل البيوع وفي مسائل الغصب من الاجناس ايضا اذا قال اشهدوا اني لم اوكل فلانا فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشايخنا ذكروا في شروحهم ان جحود الموكل الوكالة عزل للوكيل وذكر شيخ الاسلام في شرح كتاب الشركة ان جحود ما عدا النكاح فسخ له انتهى وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا قال المص وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر اشارة الى ما ذكره في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل الخ فلا نعيده لعدم الاحتياج الى الاعادة اعلم ان الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امراة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما وعند ابي حنيفة رح لا يثبت العزل الا بخبر الواحد العدل او بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين ثم ان هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن المخبر على وجه الرسالة واما اذا كان على وجهها فيثبت العزل بالاتفاق كائنا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا نص عليه في البدائع وقال في تعليله لان الرسول قائم مقام المرسل وسفيره فتصح سفارته بعد ان صحت عبارته على اي صفة كان قال اي القدوري في مختصره وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا بالياء المكسورة اي دائما ومنه الحمى المطبقة اي الدائمة التي لا تفارق ليلا ولا نهارا وقيل مطبقا اي مستوعبا من اطبق الغيم السماء اذا استوعبها ولحاقه بفتح اللام اي لحوق الموكل بدار الحرب مرتدا وفي الذخيرة قالوا ما ذكر من الجواب في الجنون المطبق محمول على ما اذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل في كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب اما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل اذا سلط على بيع الرهن و كان التسليط مشروطا في عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وان كان الجنون مطبقا وهذا لان الوكالة اذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الانشاء

لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة
الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حولا كاملا لانه يسقط به جميع العبادات

ولو انشاء الموكل الوكالة بعد ما جن جنونا مطبقا لا يصح فكذا لا تبقى الوكالة اذ اعتبار الموكل بهذه الصفة واما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله كان
لبقاء الوكالة حكم الانشاء وكان الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيئا من جهة اخرى ثم جن المملك فانه لا يبطل
ملكه كما لو ملك عينا فكذا اذا ملك التصرف وبهذا الطريق اذا جعل امر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل الامر انتهى وفي غاية البيان قال في التتمة والفتاوى الصغرى
وهذا كله في موضع يملك الموكل عزله اما في موضع لا يملك عزله كالعدل في باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة
بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا انتهى اقول في المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى
اشكال لان الظاهر من عبارتها ان يكون الامر باليد للمرأة من باب التوكيل وليس كذلك فانه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب
تفويض الطلاق من كتاب الطلاق بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتأمل ثم اقول بقي ههنا شيء وهو ان تقسيم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وجعل الحكم
في الجنون المطبق على الثانية دون الاولى ينافي ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة من ان صفة الوكالة انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل
العزل بدون رضى صاحبه اذ الظاهر ان المذكور هناك صفتها العامة لجميع انواعها اللهم الا ان يقال الاصل في الوكالة عدم اللزوم واللزوم في القسمين
المذكورين لعارض هو تعلق حق الغير بهما على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب لان التوكيل تصرف غير لازم قال
صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اذ اللزوم عبارة عما يتوقف على وجوده على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان
للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها انتهى وقد سبقه تاج الشريعة الى هذا التعليل اقول فيه خلل لان توقف الوجود على الرضى
من الجانبين متحقق في كل عقد لازما كان او غير لازم وانما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين فقولهما اذ اللازم عبارة عما يتوقف وجوده على
الرضى من الجانبين ليس بصحيح والصواب ان يقال اذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك الخ فيكون لدوامه
اي لدوام التوكيل حكم ابتدائه لان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه فلما لم يفسخه جعل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه
منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه تنزيلا للتمكن مكان المبتدى والمنتهى كما قالوا في قوله تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فصار كانه يتجدد عقد
الوكالة في كل ساعة فيقتضي ان يكون كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد فلا بد من قيام الامر اي فلا بد من قيام امر الموكل بالتوكيل في كل ساعة اذ كان لا بد من
امره بذلك في ابتداء العقد فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل اي امر الموكل بهذه العوارض وهي الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع
ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب لعارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض
كذا في الشروح وشرط اي شرط في بطلان الوكالة ان يكون الجنون مطبقا لان قليله اي قليل الجنون بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالاغماء
وحد المطبق اي حد الجنون المطبق شهر عند ابي يوسف رحمه الله وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بما يسقط به الصوم اي صوم شهر رمضان
وقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة والمختار ما قاله ابو حنيفة رحمه الله انه مقدر بالشهر لان ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا
في حكم الآجل فكان طويلا وعنه اي عن ابي يوسف رحمه الله اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار اي فصار من جن في هذه المدة كالميت
فلا يصلح للوكالة وقال محمد رحمه الله حولا كاملا قال الاتقاني في الاجناس قال ابن سماعة في نوادره قال محمد رحمه الله في قوله الاول حتى يجن ايام ويخرج الوكيل
من الوكالة ثم رجع فقال حتى يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة لانه يسقط به اي بالحول الكامل جميع العبادات واما ما دون الحول فلا يسقط به الزكاة

فقلته بعد اعتبار ما قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير

لان موجبها مقدر بالحول فلا يكون في معنى الموت فقدر به اي فقدر حد الجنون المطبق بالحول الكامل احتياطا قال في الكافي وهو الصحيح وكذا قال في التبيين قالوا اي المشائخ الحكم المذكور في اللحاق اي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري وهو ما ذكر قبيل هذا بقوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته قال المصنف في باب احكام المرتدين من كتاب السير اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه انتهى وقال الشراح هناك يعني بقوله ما عددناه ما ذكره بقوله ما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف اقول فقد تلخص من ذلك ان مراده ههنا ان بعض تصرفات المرتد موقوف عنده فكذا وكالته لانها في حكم ذلك ولكن عبارته غير واضحة في افادة المراد فان اسلم نفذ اي فان اسلم المرتد نفذ تصرفه السابق وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق وقد مر في السير اي مر كون تصرف المرتد موقوفا عند ابي حنيفة رح نافذا عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفى في باب احكام المرتدين من كتاب السير ويشكل كلام صاحب التسهيل في هذا المقام حيث قال فيما نسب الى ابي حنيفة رح انه اذا ارتد ثم لحق بدار الحرب لم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كان لم يزل مسلما عند ابي حنيفة رح ايضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل القضاء ثم كيف نقل الى ابي حنيفة رح انه حربي مقهور غير انه يرجى اسلامه فتوقفنا فان اسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب وان مات او لحق وحكم بلحاقه استقر كفره وعمل السبب فيدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق بل لا بد من الحكم فينبغي ان يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده انتهى كلامه واقول هنا كلام آخر وهو ان الامام قاضيخان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المصنف ههنا عن المشائخ حيث قال في فصل ما يبطله الارتداد من باب الردة واحكامها من كتاب السير وان وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم انتهى فانه صريح في ان الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعا لا قول ابي حنيفة رح فقط فان قلت يجوز ان يكون المراد باللحاق بدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان ان يحكم الحاكم بلحاقه بها قلت ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك فان جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز ان يحمل عليه في مسئلة الكتاب ايضا حتى يكون المسئلة اجماعية ويتخلص عن التكلف الذي ارتكبوه في تخصيصها بقول ابي حنيفة رح ثم اقول الحق عندي ان المراد بما ذكر في الكتاب اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق فالمسئلة اجماعية وعن هذا قال الامام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكنز والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع انتهى ومما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق ان بعض المشائخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضي حين بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند ابي حنيفة رح بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيط فانه قال بصدد بيان انواع الاربعة لتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والاجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند ابي حنيفة رح تتوقف هذه التصرفات فان اسلم نفذ وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل وعندهما تنفذ هذه التصرفات انتهى ومنهم الامام قاضيخان فانه قال في فتاواه اثناء بيان الوجوه الاربعة لتصرف المرتد ومنها ما اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والاجارة والاعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند ابي حنيفة رح هذه التصرفات موقوفة فان اسلم نفذ وان مات او قتل او قضى بلحاقه بدار الحرب يبطل وعند صاحبيه تنفذ في الحال انتهى الى غير ذلك من النقولات حتى ان صاحب الوقاية قال في باب المرتد وتوقف منه مفاوضته وبيعه وشراؤه وهبته واجارته وتدبيره ووصيته

وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق

إن أسلم نفذ وإن مات أو قتل أو لحق وحكم به بطل انتهى (وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته) أي بالإجماع (حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها) لأنها لا تقتل على ما عرف في السير قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية ويعلم من هذا أن الرجل الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق فينبغي أن يقول في قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا انتهى أقول هذا خبط منه فإنه زعم أن مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب أن وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب وأخذ منه بطريق مفهوم المخالفة أن الرجل الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق وليس مراده ذلك بل مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب بالإجماع بخلاف ما إذا كان الموكل رجلا فارتد فإن تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند أبي حنيفة رح بعد ارتداد موكله بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه في تقرير وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق في الصورتين معا قبل الموت أو اللحوق بدار الحرب فانتظم السياق واللحاق ثم اعلم أن كون الوكيل على وكالته في صورة أن كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها الوكيل فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا إلا بالتجديد كذا في المبسوط وذكر في الشروح (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا وكل المكاتب ثم عجز) أي عجز عن أداء بدل الكتابة فعاد إلى الرق (أو المأذون له) أي أو وكل العبد المأذون له (ثم حجر عليه) أي على المأذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعقود أو الخصومات (أو الشريكان) أي أو وكل أحد الشريكين ثالثا بشيء مما إليه بنفسه (فافترقا) أي فافترق الشريكان بعد التوكيل (فهذه الوجوه) أي العجز والحجر والافتراق (تبطل الوكالة على الوكيل علم) أي علم الوكيل بذلك (أو لم يعلم لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل) أي قيام الأمر (بالحجر) في المأذون له (والعجز) في المكاتب (والافتراق) في الشريكين وأما إذا كان توكيل المكاتب أو العبد المأذون له لقضاء الدين والتقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له لأن في كل شيء وليه العبد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه حتى يؤخذ بالقضاء وله ولاية مطالبته استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكلا ابتداء بعد العجز أو الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم مضى الوكيل فيما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط ولقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب أن أحد المتفاوضين إذا وكل فيما يليه كان للتوكيل جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فإن بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهي مستندة إلى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فيبقى في حقهما وإذا وكل فيما لم يله كان للتوكيل جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا إلى هنا كلامه واعلم أنه إذا وكل أحد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان القياس أن لا يجوز لأن كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف وليس للوكيل أن يوكل غيره إذا لم يأمره الموكل بذلك وجه الاستحسان أن كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الأمر إليه على العموم لأن مقصودهما تحصيل الربح وذلك لا يحصل بتصرفه وحده فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل قال صاحب غاية البيان قال الشيخ أبو نصر البغدادي وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جار على الأصل إلا في الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر إلى هذا اللفظ يعني أن أحد شريكي العنان أو المفاوضة إذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري رح ولكن لم أظفر بالرواية الأخرى إلى ما قال محمد رح في الأصل وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك مما يجوز على ذلك ثم افترقا

ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمى فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال وهذا عند محمد فاما عند ابى يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا

والتصرف او شهد انه اشتراه بينهما ثم ان الوكيل بمعنى الذى كان وكل به هو عالم او لا يعلم فانه يجيز ذلك كله عليهما جميعا وكذلك لو كان وكله ببيعها [illegible] احدهما جائزة على الآخر وليس تصرفهما ينقض الوكالة الى هنا لفظ محمد رح فى باب وكالة احد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية والعجب من صاحب الهداية وبهم الامر ولم يميز بين كلام القدورى والغالب على ظنى ان القدورى اراد بذلك الوكالة الثابتة فى ضمن عقد الشركة لا الوكالة الثابتة قصدا نعم هو عقد الشركة او الوكيل على ما فى ضمنه الاصالة والا يلزم ان يكون قوله منافيا للرواية انتهى اقول ان قوله والا يلزم ان يكون قوله منافيا للرواية [illegible] لا صالة اذ على تقدير ان يكون مراده الوكالة الاصلية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون منافيا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشئ لم يملكه الموكل فيه كما فصلناه من قبل وفى الرواية المذكورة ايضا اشارة الى ذلك فان قول محمد رح فى الاصل اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشئ مما ذكرت لك وهو الذى وصلى ذلك احترازا عن التوكيل بشئ لم يملكه لا يخفى لا يقال مراد صاحب الغاية والا يلزم ان يكون ظاهر اطلاق قوله منافيا للرواية فلا بد فيه من التطبيق بتقييد وتاويل لانا نقول هذا المعنى مشترك الالزام فلا وجه له لكن القول بعدم قبوله ايضا اولى بتاويل بعيد كما ترى ولا فرق بين العلم وعدمه اى لا فرق فى الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك لان هذا عزل حكمى اى عزل من طريق الحكم فلا يتوقف على العلم انما العلم شرط العزل القصدى دون العزل الحكمى كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل فانه وكيل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل قال اى القدورى اى فى مختصره واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فى العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل قال المصنف فى تعليل ما ذكر لانه لا يصح امره اى امر الوكيل بعد جنونه وموته والامر فى قوله لا يصح امره مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذى كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان لدوامه حكم الابتداء كذا فى النهاية اقول ههنا شائبة الاشتباه اذ لا يخفى على احد ان النفى انما يذكر عن موت الوكيل مبطلا للوكالة تعليل الجلدوى لانه بين غنى عن البيان لا يقال المراد بذلك دفع احتمال جريان الارث من الوكيل فى حق الوكالة لانا نقول احتمال ذلك فى غاية البعد فى نفسه بناء على ان الموكل رضى براى الوكيل لا براى غيره لا يندفع بالتعليل الذى ذكره المصنف لان الامر بالوكالة وان لم يبق صحيحا بالنظر الى الوكيل الميت الا انه يحتمل ان يبقى صحيحا بالنظر الى صاحبه الحى فلا يتم التقريب وان لحق اى الوكيل بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما الحرب الى دار الاسلام مسلما هذا اذا لم يحكم القاضى بلحاقه فانه قال شيخ الاسلام فى المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا يخرج عن الوكالة جميعا ما لم يقض القاضى بلحاقه وبهذا اشار الشيخ الامام السرخسى فى مبسوطه حيث قال ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انقطعت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو فى دار الحرب وبين من هو فى دار الاسلام واذا قضى القاضى بلحاقه فقد موته او جعله من اهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى كذا فى النهاية وغيرها قال اى قال المصنف وهذا اى جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما عند محمد رح فاما عند ابى يوسف رح لا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد رح ان الوكالة اطلاق اى اطلاق التصرف لانه اى الوكالة بتاويل التوكيل او العقد او باعتبار الخبر رفع المانع فان الوكيل كان ممنوعا شرعا عن ان يتصرف فى ملك الموكل فاذا وكله رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به اى بالوكيل يعنى ان الوكيل انما يتصرف فيه باهليته وولايته بل انما يتصرف بمعان قائمة به وهى العقل والتمييز الى ذلك التصرف فالذمة الصالحة له وانما عجز اى انما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين يعنى ان الاطلاق باق من جهة الموكل لم يوجد العارض ولكن انما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا فى المبسوط ومحمد رح يقول صحة الوكالة

ولابي يوسف رحمه الله انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق **قال** ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء

وهو قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف لعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال كان لم يكن فبقي الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما اغمي عليه ثم افاق ولابي يوسف رح انه اي التوكيل اثبات ولاية التنفيذ اي تمليك لاية تنفيذ التصرف في حق الوكالة للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف له لان ولاية اصل التصرف ثابتة له باهلية بجنس التصرف في حد ذاته وولاية التنفيذ بالملك اي وتمليك ولاية التنفيذ متعلق بالملك لان التمليك بالملك بغير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وباللحاق اي باللحاق بدار الحرب لحق اي الموكل بالاموات فبطل الملك وبطلت الولاية واذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة فلا تعود اي الولاية يعني اذا بطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه عتق ام ولده ومدبره ثم اذا عاد مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التي بطلت لا تعود واشار اليه بقوله لحق بالاموات الى ان وضع المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرنا من قبل قال صاحب الكفاية بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهلية فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى اقول ان قوله لان ولاية اصل التصرف باهلية ليس بدليل على منطوق قوله انه اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو دليل على مفهوم ذلك وهو انه ليس اثبات ولاية اصل التصرف كما اشرنا اليه في شرح هذا المقام من قبل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف له حتى يجوز ان تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله محمد رح لان ولاية اصل التصرف ثابتة له باهلية في حد ذاته فلا يتصور اثباتها الموكل له بالتوكيل مع ان لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام وهي لا اثبات ولاية التصرف له فلا اشكال على كل حال ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا اي وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضي بلحاقه صرح به في المبسوط وغيره لا تعود الوكالة في الظاهر اي في ظاهر الرواية وعن محمد رح انها اي الوكالة تعود كما قال في الوكيل وفي السير الكبير تقول محمد رح يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل ايضا لان الموكل اذا عاد مسلما عاد اليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله كذا في المبسوط والفرق له على الظاهر يعني ان لمحمد رح فرقا بين الفصلين اي بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال بعود الوكالة في ارتداد الوكيل اذا عاد مسلما في جميع الروايات وبعدم عودها في ارتداد الموكل اذا عاد مسلما في ظاهر الرواية فوجه الفرق له على ظاهر الرواية ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال اي وقد زال ملك الموكل بردته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على الثبات وفي حق الوكيل اي ومبنى الوكالة في حق الوكيل على معنى قائم به اي بالوكيل كما بينا من قبل ولم يزل اي ولم يزل المعنى القائم به باللحاق اي بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كان لم يكن كما ذكرنا فيما مر واما ابو يوسف رح فسوى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معا قال اي القدوري في مختصره ومن وكل آخر بشيء من الاثبات او الاسقاطات ثم تصرف اي الموكل بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة الى هنا لفظ القدوري قال اي المصنف وهذا اللفظ ينتظم وجوها كثيرة من المسائل مثل ان يوكله اي الآخر باعتاق عبده اي عبد الموكل او بكتابته اي بكتابة عبده فاعتقه اي اعتق ذلك العبد او كاتبه الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل حينئذ او يوكله بتزويج امرأة اي او ان يوكله بتزويج امرأة معينة اياه او بشراء شيء اي او ان يوكله

لتعلقه بنفسه او يوكل ببطلان طلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او يخلعها ويعهد بنفسه لانه تعذر على الوكيل التصرف فيبطل لعدم محل
ذلك [illegible] تزوجها بنفسه لما امر الوكيل ان تزوجها لمكان الحاجة فقد انقضت [illegible] تزوجها الوكيل [illegible] الموكل
كذا الوكالة [illegible]

بيت او شئ بعينه لتفعله بنفسه اى فعل الموكل ما وكل به بنفسه بان تزوجها بنفسه او يشتريه بنفسه فان ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة او يوكل بان يطلق امرأته فطلقها الزوج وهو الموكل ثلثا اى ثلث تطليقات او واحدة اى او طلقها طلقة واحدة وانقضت عدتها فان الوكالة تبطل هناك ايضا فلا يملك الوكيل بعد ذلك ان يطلقها وانما قيد بالثلث وقيد الواحدة بانقضاء العدة والمراد بها ما دون الثلث لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة او تطليقتين بائنة كانت او رجعية فان للوكيل ان يطلقها ما دامت فى العدة واما اذا طلقها الموكل ثلث تطليقات ثلثا فلا يملك الوكيل طلاقها لا فى العدة ولا بعدها والاصل ان كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله ايضا قادرا عليه والا فلا كذا ذكر فى النهاية والعناية اقول فى هذا الاصل نوع اشكال اذ لطالب ان يطلب الفرق حينئذ بين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امرأة فان الموكل هناك لو تزوجها بنفسه ثم ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه كما فى عامة الكتب وذكر المص ايضا فيما بعد مع ان الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة اخرى فلم لم يقدر الوكيل ايضا على ان يزوجها منه مرة اخرى وعلل فى البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بان الامر بالفعل لا يقتضى التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما فى الاوامر الشرعية والظاهر ان هذا التعليل يقتضى ان لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا فى مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا فان قيل بطلان الوكالة فى مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المص فيما بعد قلنا قد انقضت الحاجة فى مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا بتطليق الموكل بنفسه لا يقال قد تقع الحاجة الى تكرر الطلاق لتشديد الفرقة لانا نقول قد تقع الحاجة الى التزوج مرة اخرى ايضا فلم يتم الفرق فتامل او بالخلع اى او وكله بان يخالع امرأته فخالعها اى فخالعها الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل هناك ايضا قال المص فى تعليل المسائل المذكورة كلها لانه اى الموكل لما تصرف فيما وكل به بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فى ذلك لامتناع تحصيل الحاصل فبطلت الوكالة فى جميع ما ذكر حتى لو تزوجها اى لو تزوج الموكل المرأة التى وكل الآخر بتزويجها منه بنفسه وابانها اى ابانها بعد ان تزوجها بنفسه لم يكن للوكيل ان يزوجها منه اى لم يكن للوكيل ان يزوج تلك المرأة المبانة من الموكل لان الحاجة قد انقضت اى لان حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه اقول ههنا كلام اما اولا فلان تفريع هذه المسئلة على التعليل الذى ذكره لبطلان الوكالة فى المسائل المذكورة ليس بتام لان الموكل انما تصرف بنفسه فى تزوجها مرة اولى فهو الذى تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور وفحوى هذه المسئلة ان لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة اخرى ولا تاثير فيه للتعليل المذكور لان الموكل لم يتصرف بنفسه فى هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها فالاولى ان يترك اداة التفريع ويذكر هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع فى سائر المعتبرات واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله لان الحاجة قد انقضت ان الحاجة الى تزوجها مرة اولى قد انقضت فهو مسلم ولكن هذا لا ينافى بقاء الحاجة الى تزوجها مرة اخرى فلا يتم التقريب وان اراد بذلك ان الحاجة الى تزوجها مطلقا قد انقضت فهو ممنوع اذ قد يحتاج الرجل الى تزوج امرأة واحدة مرارا متعددة لاسباب داعية اليه فالاولى فى تعليل هذه المسئلة ما ذكر فى البدائع من ان الامر بالفعل لا يقتضى التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما فى الاوامر الشرعية بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل اى بخلاف ما اذا تزوج الوكيل المرأة التى وكل بتزويجها من الموكل وابانها اى ابانها بعد ان تزوجها حيث يكون له ان يزوج الوكيل تلك المرأة المبانة لبقاء الحاجة اى لبقاء حاجة الموكل الى تزوجها وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه اى فباع الموكل العبد بنفسه يعنى بطلت الوكالة فى هذه الصورة ايضا فلو رد عليه اى فلو رد العبد على الموكل بعيب بقضاء قاض فعن ابى يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به فى الذخيرة لان بيعه بنفسه اى لان بيع الموكل ذلك العبد بنفسه منع للوكيل من التصرف حكما فصار كالعزل اى فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا الا بتجديد الوكالة وقال محمد رح له اى للوكيل ان يبيعه اى ان يبيع ذلك العبد

مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق واعين فقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب فانه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب ثانيا
لانه محتاج الى الرجوع فكان دليلا بعدم الحاجة اما الرد فقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه الخ

مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اى لان الوكالة بتاويل التوكيل او العقد او باعتبار الخبر وقد مر غير مرة اطلاق اى اطلاق التصرف وهو باق والامتناع
انما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل العجز قد زال اى عجز الوكيل قد زال بعود العبد الى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة واما فيما
الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضى اى ان الموكل اذا قبضه قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لان الرد بغير القضاء
كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما وكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء واعلم انه ذكر فى المبسوط مسئلة الرد بالعيب بقضاء القاضى
من غير خلاف فى جواز البيع ووضع المسئلة فى الامة فقال ولو باعها او الامر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل ان يبيعها لان الرد بالقضاء فسخ
فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشترى لم يكن للوكيل ان يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها
لان هذا السبب كالعقد المبتدا فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث
او هبة او غير ذلك بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلا يثبت فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل
من المالك انتهى ولم يذكر الخلاف ايضا فى المسئلة المذكورة فى الاصل ولا فى الكافى للحاكم الشهيد ولا فى شرحه للامام علاء الدين الاسبيجابى ولكن ذكره
فى شرحه فقال قال ابو يوسف رحمه الله ليس للوكيل ان يبيعه وقال محمد رح له ان يبيعه ثم اعلم ان صاحب البدائع بعد ان ذكر الخلاف بين ابى يوسف و
محمد رحمهما الله فى المسئلة المذكورة قال ولو وكله ان يهب عبده فوهب الموكل بنفسه ثم رجع فى هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل ان يهبه محمد يحتاج الى الفرق
بين البيع والهبة ووجه الفرق له لم يتضح انتهى فقد اتى ما فى الاصل وبيان وجه الفرق بينهما على قول محمد رح فقال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب اى الموكل
ثم رجع فى هبته حيث لم يكن للوكيل ان يهب مرة اخرى بالاجماع لانه اى لان الموكل الواهب بنفسه مختار فى الرجوع فكان ذلك اى كان رجوعه مختارا
دليل عدم الحاجة الى الهبة اذ لو كان محتاجا اليها لما رجع عنها وكان دليلا على نقض الوكالة اما الرد بقضاء اى اما رد المبيع بقضاء القاضى على الموكل بالعيب
فهو بغير اختياره اى بغير اختيار الموكل فلم يكن دليل زوال الحاجة الى البيع اقول من العجائب ههنا ان الشارح العينى قال فى شرح قول المص اما الرد
بقضاء اى اما رد الهبة بقضاء القاضى وفى شرح قوله بغير اختياره اى اختيار الواهب حيث زعم ان غرض المص بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار وبين
ردها بقضاء القاضى وهذا مع كونه غير صحيح فى نفسه بمعزل عن تعلق قوله بخلاف ما اذا وكله بالهبة بما سبق من مسئلة توكيله بالبيع وما اذا يقول فى قوله
فاذا عاد اليه اى الى الموكل قديم ملكه كان له اى للوكيل ان يبيعه فانه صريح فى ان مراده الفرق بين البيع والهبة وذكر فى التتمة قال محمد رح لا يشبه الهبة
البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضى بمباشرة البيع لان الوكيل بعدما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة
باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها واما الوكالة بالهبة تنتهى بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع الموكل فى هبته عاد اليه العبد
ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى وقال فى البدائع تتمة هذه الاشياء التى ذكرناها يخرج بها الوكيل عن الوكالة تستوى العزل والنهى لا يفترق الحال
فيها بينهما اذا علم الوكيل بها او اذا لم يعلم بان يخرج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيما بين البيع والعزل من جهة اخرى وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه
ولم يعلم به الوكيل فقبض الثمن فهلك الثمن فى يده ومات العبد قبل التسليم الى المشترى يرجع المشترى على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل وكذا العبد بعده او
اعتقه او دبره او كاتبه فى الاصل وفيما اذا مات الموكل او جن او هلك العبد الذى وكل ببيعه ونحو ذلك لا يرجع والفرق ان الوكيل هناك ان صار مغرورا من جهة الموكل صار مغرورا لا
من جهته ترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما لحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور فى الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقرر فى الموت

كتاب الدعوى

وهلاك العبد والجنون واخواتها فهو الفرق ولو وكل بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال الذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في
يده كان للدافع الدين ان يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكانه قبضه
بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه هكذا هذا والله اعلم بالصواب

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي اشهر انواع الوكالات سببا وداعيا الى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان المسبب يتلو السبب ثم ان ههنا
امورا من دأب الشراح بيانها في اوائل الكتب وهي معنى الدعوى لغة وشرعا وسببها وشرطها وحكمها ونوعها فقال صاحب العناية وهي في اللغة عبارة
عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بان المطالبة
شرط لصحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا ان يأول بالمشروط بالمطالبة اقول هذا ساقط لان كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى
لا ينافي استقامة تعريف نفس الدعوى بها اذ المباينة لصحة الشيء لا تقتضي المباينة لذلك الشيء الا يرى ان كل شيء مباين لصحته لكونها وصفا مغايرا له مع انه لا يباين
نفسه قطعا فانما اللازم ههنا ان يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التي هي نفس الدعوى ولا محذور فيه فان صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف
مشروط بتحقق الموصوف دائما وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوي والشرعي على وجه البسط والتفصيل واما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في
النكاح والبيوع لان دعوى المدعي لا يخلو اما ان يكون امرا راجعا الى بقاء نسله او امرا راجعا الى بقاء نفسه وما يتبعهما وكلاهما قد ذكرناه واما شرط صحتها
فالمخصوص مجلس القضاء لان الدعوى لا تصح في غير هذا المجلس حتى لا تجب على المدعى عليه جواب المدعي ومن شرائط صحتها ايضا ان يكون دعوى المدعي
على خصم حاضر وان يكون المدعي به شيئا معلوما وان تعلق به حكم على المطلوب لما ان الفاسدة من الدعوى هي ان لا يكون الخصم حاضرا وان يكون المدعى
به مجهولا لان عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضي القضاء وان لا يلزم على المطلوب شيء بدعواه نحو ان يدعي انه وكيل هذا الخصم الحاضر في
امر من اموره فان القاضي لا يسمع دعواه هذا اذا انكر الآخر لانه يمكنه عزله في الحال واما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم او بلى ولهذا وجب على القاضي
احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب اما نوعها فشيئان دعوى صحيحة ودعوى فاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها احكامها وهي احضار الخصم والمطالبة
بالجواب واليمين اذا انكر ومثل هذه الدعوى يمكن اثبات المدعي بالبينة او بالنكول والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى باحد
معنيين اما ان لا يكون ملزما للخصم شيئا وان ثبتت على ما قلنا من ان يدعي على غيره انه وكيله والثاني ان يكون مجهولا في نفسه والمجهول لا يمكن اثباته بالبينة
فلا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى اقول في تحريره نوع اختلال واضطراب فان قوله واما شرط صحتها فالخصوص الى قوله
وان تعلق به حكم على المطلوب يدل على ان لصحتها شروطا اربعة وهي مجلس القضاء وحضور الخصم وكون المدعي شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب ويقتضي
ذلك ان يكون فسادها باحد امور اربعة وهي انتفاءات هذه الشروط الاربعة وهي قوله لما ان الفاسدة من الدعوى هي ان لا يكون الخصم حاضرا الى قوله لانه
يمكنه عزله في الحال يشعر بان فسادها انما هو بامور ثلاثة وهي عدم حضور الخصم وان يكون المدعي مجهولا وان لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى بناء على ان المعرف
باللام الجنس اذا جعل مبتدأ كما في قوله ان الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والامام من قريش على ما عرف في علم العربية وان قوله وفساد
الدعوى باحد معنيين الى آخره يدل على ان فسادها باحد الامرين لا غير لان اضافة المصدر كما في قوله وفساد الدعوى تفيد الحصر نحو ضربتي زيدا في الدار على ما نص عليه

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد

العلامة التفتازاني في شرح التلخيص ثم ان قوله واما انواعهما فشيئان لا يخلو من سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطاة قال اي القدوري في مختصره المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وزاد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه المدعي من لا يجبر على الخصومة وقال في شرحه لم يقل اذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لانه غير مجبور حالتي الترك والفعل والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى اقول فيه بحث اذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم ان ينتقض تعريف المدعي بالمدعى عليه حالة الفعل فانه يصدق عليه في هذه الحالة انه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفعل حالة حصوله واما ايهام القيد المذكور لاختصاص فمما لا اندفاع له لشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حالة الفعل ومعرفة الفرق بينهما اي بين المدعي والمدعى عليه من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي واليمين على من انكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه اي في الفرق بينهما فمنها ما في الكتاب يعني مختصر القدوري وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة وهي البينة او الاقرار والنكول على قول من يرى انه ليس باقرار كما سيعلم في باب اليمين كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد قال صاحب العناية وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة انتهى اقول يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين احدهما انه تقبل في تلك الصورة قول المودع مع يمينه كما يجيء في الكتاب فلا يصدق عليه انه لا يستحق الا بحجة وثانيهما ان المودع في تلك الصورة لا يستحق شيئا فلا يصدق عليه انه يستحق بحجة ثم اقول يمكن الجواب عن الوجهين معا بانه سيجيء في الكتاب ان الاعتبار عند الحذاق من اصحابنا للمعاني دون الصورة فالمودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان فيجوز ان يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورة فحينئذ لا نسلم عدم تناول تعريف المدعى عليه صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدعيا حقيقة اي معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول بان المودع من حيث انه مودع رد الوديعة لا يستحق الا بحجة واما استحقاقه بقوله فانما هو من حيث انه مدعى عليه وبالجملة قيد الحيثية معتبر وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور وليله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى اقول ويمكن الجواب عن هذا ايضا بان دفع استحقاق غيره لا ينافي استحقاق نفسه بل يقتضيه بناء على ان الحقوق لا تتحقق بدون المستحق فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافي صحة تعريفه بمن يكون مستحقا بقوله وهو نتيجة ما قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقا بقوله من غير حجة فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه فان قلت صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى قلت هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها ايضا بان يقال المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق بقوله على ان يكون مستحقا بمعنى ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله كذي اليد ونظيره ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم فالذي يلزم حينئذ من صيغة الفعل في تعريفنا المذكور بما ذكر ان تجدد الثبات على الاستحقاق لا ان تجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه واجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قد مر في الدرس السابق ان لدوام الامور المستمرة بتجدد الامثال حكم الابتداء فالآن نجعل السؤال من قبيل الذي يستحق بقوله الى ان يحكم بنقضه على هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما لانه الا على الدوام والثبات انتهى اقول في كل من شقي جوابه نظر اما في شقه الاول فلانا لا نسلم ان لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في اوائل الباب السابق ولكن لا نسلم ان ما نحن فيه من تلك القبيل فتأمل واما في شقه الثاني فانه لا يذهب على من له دراية بالعلوم الادبية انه لا فرق بين ان يقول من يستحق بقوله وبين ان

وقال الشافعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح
بالفقه عند الحذاق من اصحابنا رح لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان

من يكون مستحقا للقول في افادة التجدد والحدوث لان مسألة حتى كل واحد منهما حادثة فعلية فيدل على التجدد والحدوث قطعا وكون الجزاء سافي الثانية مالا دخل له في افادة الدوام والثبات اصطلاحا ان الثبات من محققي النحاة كالرضي وابن الحاجب جوزوا ان ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل ان فعلها ماضيا او حالا او استقبالا فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال لكن للاستقبال وقال الفاضل الرضي وذهب بعضهم الى ان كان يدل على استمرار مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي وشبهته قوله تعالى وكان الله سميعا بصيرا وذهل ان الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا الا من لفظ كان الا ترى انه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ وكان زيد قائما فقعد ولم يكن كونه للاستمرار ايضا وقول الحسن فتاتي يكون قصة لثبوت خبرها دائما مستمرا او منقطعا كما في الآية ومنقطعا كما في قولك كان زيد قائما ولم يدل لفظ كان على احد الامرين بل ذلك الى القرينة الى هنا كلامه فقد تقرر بهذا انه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين انما منشأه جهة مولانا واما الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فيما لم يذهب اليه احد فما ذكره ذلك المجيب خارج من قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق للقول بالجملة الاسمية لتم الفرق وليس فليس وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر قال صاحب العناية ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس متمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعي براءة بعد الشغل وكانت ذمته مشتغلة ويجوز ان يورد بالعكس فانه مدع وتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان انتهى اقول فيه بحث اذ لا ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس متمسك بالظاهر قوله اذ رد الوديعة ليس بظاهر قلنا مسلم لكن لا نسلم انه من حيث هو مدعى عليه بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر وكذا لا نسلم انه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية متمسك بغير الظاهر وهو رد الوديعة والحاصل ان صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فاورد النقض على التعريف طردا وعكسا وليس الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع اذا ادعى رد الوديعة على التعريف الاول ايضا بانه مدع رد الوديعة ويجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على انه مدعى عليه صحيح ثم ان ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة ايضا فيما اذا ادعى المودع رد الوديعة واما على تقدير ان كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرنا من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس اصلا واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية ههنا حيث قال فيه كلام وهو ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد دعوى البراءة بعد الشغل بل ما هي مجرد انكار الضمان وثبوت الشيء في ذمته بخلاف صورة الدين لا يخفى على من له ادنى تأمل الى هنا كلامه اقول هذا شيء قيل صرح به في الكافي وفي شرح تاج الشريعة والظاهر ان صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن لم يجد ذلك شيئا لان القول بانه ليس في ذمة المودع في الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال ولكن في ذمته حفظ مال الوديعة اذ قد تقرر في كتاب الوديعة انما عقد استحفاظ وان المحفوظ وجب الحفظ على المودع وكان في ذمته دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ والفراغ ليس باصل بعد الاشتغال فيمشي كلامه ويتم مرامه واما قوله ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الخ فيجوز ان يكون مبنيا على مجرد الاشتراك بين المسئلتين في كون الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال وان كانتا مختلفتين في كون الاشتغال في احدهما بالمال وفي الاخرى بالحفظ الذي لا يقطع عرق ايراد صاحب العناية ههنا فاتى مناه لا غير وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر وروي اليمين على المدعى عليه لكن الشان في معرفته اي معرفة المنكر والترجيح بالفقه اي بالمعنى دون الصورة عند الحذاق من اصحابنا رضي الله عنهم لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان معنى تعليل لقوله فالقول قوله مع اليمين قال صاحب العناية يعني

اذا تعارض الحجتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو منكر
صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه منكر الضمان لكن
قول المنكر مع يمينه انتهى اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح اما اولا فلانه غير مطابق للمشروح لان قول المصنف والترجيح بالفقه معناه
لان الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في ان المعتبر هو المعاني لا غير وقول صاحب العناية فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها
له لا صريح في ان الصورة ايضا معتبرة فبينهما من قبيل العمل بالحجتين لا من قبيل ترجيح احدهما على الاخرى واما ثانيا فلان حاصل هذا الشرح مخالف لآخره فان
قوله في الاول اذا تعارض الحجتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة صريح في ان المعتبر جهة المعنى دون
الصورة وقوله في الآخر فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها صريح في ان كلتا الجهتين معتبرتان ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه كلام
صاحب العناية ههنا وتبيين مرامه فقال المراد بالجهتين هي الانكار الصوري والانكار المعنوي لا الادعاء الصوري والانكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه
فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينته الرد ايضا فلا يظهر ترجيح المعنوي انتهى اقول هذا ايضا غير صحيح اما اولا فلان الشرح لا يطابق المشروح ايضا فان قول المصنف لان
الاعتبار للمعاني دون الصور فالمودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة يدل قطعا على ان المراد بالصورة ههنا الادعاء الصوري حيث جعل الصورة قيدا للادعاء
في قوله وان كان مدعيا للرد صورة واما ثانيا فلانه لا معنى للتعارض بين الانكار الصوري والانكار المعنوي لانه اما ان يراد بالتعارض ههنا مجرد التنافي
في الحقيقة والتنافي في الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار الصوري والانكار المعنوي اما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر واما عدم تحقق الثاني بينهما
فلان المنكر المعنوي فيما اذا قال المودع رددت الوديعة هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان والمنكر الصوري هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافي بين
انكاريهما في الصدق لجواز ان يصدقا معا بان لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه بهلاك الوديعة في يده من غير تعد منه فاذا لم يتحقق شيء من
معنى التعارض بينهما فكيف يصح ان يحمل عليه الحجتان في قوله يعني اذا تعارض الحجتان ايضا انما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما في محل واحد
ومحل الانكار الصوري مغاير لمحل الانكار المعنوي فيما نحن فيه لقيام احدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء
الصوري والانكار المعنوي فانه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الاول قطعا ومحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض ونعم ما قيل لن يصلح
العطار ما افسده الدهر ثم ان الحق عندي ان يشرح هذا المقام على ما يقتضيه عبارة المصنف وهو انه اذا تعارضت الحجتان اي جهتا الادعاء الصوري
وجهة الانكار المعنوي فالترجيح بالفقه اي بالمعنى عند الحذاق من اصحابنا فان الاعتبار للمعاني دون الصورة فالمودع اذا قال رددت الوديعة
فالقول له مع يمينه بناء على انه منكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة وما يقال في وجه قبول بينة المودع في تلك الصورة انما تقبل بينة المودع
اذا اقامها على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية
في مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر حيث قال ان المرأة تدعي الزيادة فان اقامت بينة قبلت وان اقام الزوج تقبل ايضا لان البينة تقبل لدفع
اليمين كما اذا اقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل انتهى فتم تنقيح المراد بدفع الفساد قال القدوري في مختصره ولا تقبل الدعوى حتى
يذكر شيئا معلوما في جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا واعلم ان هذا في دعوى الدين وفي دعوى
العين فان العين اذا كانت حاضرة يكفي الاشارة اليها بان هذه ملك لي وان كانت غائبة يجب ان يذكر قيمتها على ما سيفصل فان قلت عبارة الكتب لا تدل

تى الالزام بواسطة اقامة الحجة ولا الزام فى المجهول لا يتحقق فان كان عينا فى يد المدعى عليه كلف احضار
حضوره كذا فى الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ
القضاة من لدن عهد النبى عليه السلام الى عصرنا وجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا
فان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة

على التقييد قلت نعم الا ان العبارة وقعت كذلك فى غاية معتبرات المتون فلعلها بناء على انفهام المراد منها بما يذكر بعدها من تفصيل احوال دعوى الاعيان ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة فى شرح الوقاية لبيان المراد منها على ما بيناه ايضاحا للمقام واما بعض المتاخرين فلما غفلوا عنه فيها غيروها الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة لان فائدة الدعوى الالزام على الخصم بواسطة اقامة الحجة والالزام فى المجهول لا يتحقق اقول فيه بحث وهو ان عدم تحقق الالزام فى المجهول ممنوع اذ قد تقرر فى كتاب الاقرار ان الاقرار بالمجهول صحيح وقد مر فى صدر هذا الباب ان حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم اما بالاقرار او بالانكار فعلى تقدير ان اجاب الخصم بالاقرار يمكن الالزام عليه فى المجهول ايضا لكونه مؤاخذا باقراره فينبغى ان يصح الدعوى فيه ايضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالاقرار وبالجملة ان الالزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول فى دعوى المجهول يتصور الثانى فيها فلا يتم المطلوب لا يقال فرد الخصم يحتمل ان لا يتحقق فلا يتحقق الالزام فى دعوى المجهول بل يحتمل لانا نقول المراد تحقق الالزام الذى هو فائدة الدعوى امكان تحققه دون تحققه بالفعل والا يلزم ان لا يتحقق الفائدة فى كثير من الدعاوى المعلومة ايضا كما اذا عجز المدعى عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل انكر وحلف اذ حينئذ لا يقع الالزام بالفعل قطعا فان كان اى المدعى عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها اى كلف المدعى عليه احضار العين المدعاة الى مجلس الحكم ليشير اى المدعى اليها بالدعوى هذا الذى ذكر لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف وكذا فى الشهادة والاستحلاف يعنى اذا شهدوا على العين المدعاة او استحلف المدعى عليه عليها كلف احضارها الى مجلس الحكم ليشير الشهود اليها عند اداء الشهادة وليشير المدعى عليه اليها عند الحلف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ فى التعريف حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها او بعث امينا كذا فى الكافى وغيره ويتعلق بالدعوى اى بالدعوى الصحيحة بمجردها كذا فى النهاية ومعراج الدراية وجوب الحضور اى وجوب حضور الخصم مجلس القاضى وعلى هذا القضاة اى على وجوب حضور الخصم مجلس القاضى بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب من لدن النبى عليه السلام الى آخرهم اى من لدن عهد النبى عليه السلام الى آخرهم قال صاحب النهاية اى الى آخرهم هذا ايضا صحيح بالنظر الى المآل قال تاج الشريعة اى من اولهم الى آخرهم واقتفى اثره صاحب العناية وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى الى عصرنا فان عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فعله وعثمان وعلى رضى الله عنهما فعلا وكذلك التابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر وابن ابى ليلى كان يفعل ذلك لم ينكر عليه ابو حنيفة رحمه الله الى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الاجماع ووجوب الجواب عطف على وجوب الحضور اى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم او بلا ليفيد حضوره اى حضور الخصم فان المقصود من حضوره الجواب ولزوم احضار العين المدعاة اى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم ان يحضر المدعى عليه العين المدعاة الى مجلس القاضى لما قلنا اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم اليمين على المدعى عليه اذا انكره اى اذا انكر المدعى عليه ما ادعاه وعجز المدعى عن البينة وسنذكره ان شاء الله تعالى اى وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه فى آخر هذا الباب فان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما اى فان لم تكن العين المدعاة حاضرة فى يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدرى مكانها ذكر المدعى قيمة العين المدعاة الغائبة ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف لان مشاركة الاعيان كثيرة فيها ان بلغ فى ذكر الوصف لا يفيد والقيمة تعرف بها اى بالقيمة يعنى عرف العين اى بالقيمة يعرف العين والحال ان المشابهة متعذرة فيكون ذكر القيمة اذ ذاك اقصى ما يمكن الاعلام وقد

وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة

لا تعرف بالوصف فعليك الاختيار ثم الاختيار (وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة) قال صاحب الكافي نقلا عن القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه فانكر ان بين المدعي قيمته وصفته يسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا ادري انه هالك ام قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به انتهى وقال صاحبا النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوي اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين تسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه ببيان القيمة فقد اضربه اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه ثم قال اذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود بالطريق الاولى انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارستها انتهى وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما في الكافي اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر او نكل عن اليمين فليتامل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق والحمد لله على التوفيق انتهى اقول يرد عليه ان ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول دينا كان او عينا فيقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا مع انهم صرحوا بان من شرائط صحة الدعوى كون المدعى معلوما غير مجهول وان رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت في دعوى العين الغائبة فقط ويمكن ان يقال في دفعه ان مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور دعوى المجهول لا يقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة وهي ان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به وبقي بيان الفائدة المترتبة عليها فبينها صاحب الدرر والغرر بخلاف سائر صور دعوى المجهول فلم تتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يكفي جريان الفائدة المذكورة فيها ولكن يرد عليه ان يقال ان مثل تلك العلة المذكورة تتحقق في غير تلك الصورة ايضا من صور دعوى المجهول كما اذا كان لمورث رجل ديون في ذمم الناس لم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها او لم يعرف احدهما فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديونين ببيان جنسها وقدرها لتضرر به اذ الانسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلا عن ان يعرفهما عند كونه في ذمم الناس فينبغي ان يصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة لمثل ما قيل في صحة دعوى الاعيان الغائبة المجهولة مع انه مما لم يقل به احد ثم اقول الظاهر من قولهم واذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود بالطريق الاولى ان في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به لكنه مشكل جدا اذ ان القاضي بعد ان سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة ثم يحكم بماذا على المدعى عليه والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما وعللوه بعدم امكان القضاء بالمجهول لا يقال القاضي يجبر المدعى عليه على بيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول الجبر عليه انما يصح لو اقر بما ادعى عليه على الجهالة فان التجهيل حينئذ من جهته حيث اجمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر في كتاب الاقرار واما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه فلم يحل تشبثا في الاجبار على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الاشكال فان قلت القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين بنفسها الى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول قلت قد مر في الكتاب ان الاعيان انما تعرف بالقيمة لا غير فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها وايضا اذا حكم القاضي برد العين الغائبة الى صاحبها فعجز المحكوم عليه عن ردها الى صاحبها ولم يردها عليه فالقاضي ان حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يلزم الاشكال وان لم يحكم بها

قال وان ادعى عقاراً حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافاً لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها

يضيع حق المدعي لا يقبل دعواه وقبول بينته فانه لو قبل القاضي الحكم على الخصم شيئاً من المال يأخذ المدعى عليه الى المدعي فكلفه بانه سلم الدعوى وقبول البينة يحضر الكتاب الى الحكم ان حبسه لا يليق بالعدل ان يحبس الى المدعي بان يقضي له الحبس ويعلم بانه لو بعث اعيان المساواة فاظهر انه اذكى كتاب يغضب كل حبس الى مدة ويعجز ويحتج والى المدعي ثم خلى سبيله من غير ان يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يجز في الشرع عند اثبات الحقوق المالية وبالجملة لا يخلو المقام عن كل حال عن ضرب من الاشكال قال الامام القدوري في مختصره وان ادعى عقاراً حدده اي ذكر المدعي حدوده وذكر انه اي العقار في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اي وذكر ان المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعى اقول هكذا وقع وضع هذه المسئلة في عامة معتبرات المتون ولكن فيه قصور اذ المتبادر منه ان ذكر حدود العقار كاف في تعريفه عند الدعوى وليس كذلك اذ قد صرح في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية ايضاً بانه اذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود وقال في الخلاصة تصح الدعوى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر او القرية لازم انتهى وقد صرح في معتبرات الفتاوى ايضاً بان الفقهاء اختلفوا في البداية فقال الشيخ الامام الفقيه الحاكم ابو نصر احمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقع الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ اولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختياراً لقول محمد رحمه الله فان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم ثم ينزل منه الى الاخص وقال ابو زيد الشروطي يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو الاقرب ثم يترقى الى الابعد فكل واحد من الفصلين يعتذر بهذا الاعتذار وما قاله محمد بن الحسن احسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاسم فلان جعفر في الدنيا كثير فان عرف والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهو اخص فان عرف والا ترقى الى الجد انتهى وقال في المحيط اختلف اهل الشروط في البداية بالاعم او بالاخص واهل العلم بالخيار في البداية بايهما شاء انتهى وقال عماد الدين في فصوله قلت اختلافات اهل الشروط انه ينزل من الاعم الى الاخص او من الاخص الى الاعم اجماع منهم على شرطية البيان انتهى فقد تلخص مما ذكرناه كله ان ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار بل لا بد ايضاً من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما مر قال المصنف في تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل اي نقل العقار فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به اقول لقائل ان يقول ان تعذر النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالاشارة لجواز ان يحضر القاضي عند العقار او يبعث امينه اليه فيشير اليه في محضر القاضي او امينه بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر ويمكن ان يدفع بان المنقولات التي يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي او امينه عندها لعدم تأديه الى الحرج بخلاف العقارات فانها كثيرة فلو كلف القاضي بحضوره عندها او بعث امينه اليها لادى الى الحرج فتأمل ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف هو الصحيح احتراز عما روي عنهما ان ذكر الاب يكفي ولو كان الرجل مشهوراً مثل ابي حنيفة رحمه الله وابن ابي ليلى يكتفى بذكره يعني لا حاجة الى ذكر الاب والجد حينئذ لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب في الدار لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه وله ان قدرها لا يصير معلوماً الا بالتحديد كذا في الكافي وغيره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافاً لزفر رحمه الله لوجود الاكثر وليس له يعني ان اقامة الاكثر مقام الكل اصل في الشرع فيعمل به ههنا ايضاً بخلاف ما اذا غلط في الرابعة اي في الحد الرابع وقيد المصنف باستيفاء الحجة يعني اذا ذكر الحدود الثلثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافاً لزفر رحمه الله واما اذا ذكر الحد الرابع ايضاً وغلط فيه فلا يجوز بالاتفاق بيننا وبين زفر رحمه الله لانه يختلف به اي بالغلط المدعى ولا كذلك بتركها وتفسيره

ولما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه

ما اذا شهد شاهدان بالبيع وبقبض الثمن ولم يذكرا الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق اطل قياس زفر وحرج الترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة فيجري في الثانية ما يجري في الاولى وقوله في الكتاب اي قول القدوري في مختصره وذكر انه اي العين العقار في يد المدعى عليه لا بد منه لانه اي المدعى عليه انما ينتصب خصما اي في دعوى العين اذا كانت في يده اي اذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه اي العقار في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهد الشهود انهم عاينوا ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بانه في يده لم تقبل شهادتهم وكذا الحال في غير هذه الصورة وقد لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد ان يسألهم القاضي امن معاينة تشهدون ام عن سماع كذا ذكر في معتبرات الفتاوى او علم القاضي عطف على البينة اي او بعلم القاضي ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ فان عندهم يكفي تصديق المدعى عليه انه في يده وانما لا يثبت اليد في العقار الا بالبينة او علم القاضي على القول الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه اي لعله في يد غيرهما اي غير المدعي والمدعى عليه قال صاحب النهاية اي يحتمل انهما تواضعا على ان تصدق المدعى عليه للمدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتعرف المدعى عليه فيه وهو في الواقع في يد الثالث فكان في ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ويودي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره انه في يد الثالث انتهى كلامه وقد اقتفى اثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب الغاية ثم الشارح العيني اقول لا يذهب على من له ادنى تامل ان المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على احد شيئا بل يصدق المدعي في قوله ان العقار في يد المدعى عليه ولا شك ان تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضي الحكم باليد للمدعى عليه والحكم بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى وايضا فلان الحكم من القاضي لا يصح الا بحجة من البينة او الاقرار وقد انتفت كلتاهما في تلك الصورة اما انتفاء البينة فلان المفروض ان لا تقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه واما انتفاء الاقرار فلان الاقرار هو الاخبار بحق الغير على نفسه ولا يخفى ان هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعي بالنسبة الى حق اليد في تلك الصورة فاذا لم يتحقق الحجة اصلا لثبوت اليد للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هناك فبطل قولهم ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه الخ والصواب ان مرادهم هنا ان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه المدعي في ان ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعى عليه بان ذلك العقار له ليحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير ذلك قضاء له بمال الغير لان ذلك العقار في يد غيره في الواقع ويفضي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير ولقد افصح الامام قاضيخان في فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن اصحابنا ان رجلا لو اقام البينة على رجل ان في يده الدار التي حدها كذا وبين حدودها فان القاضي لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقم البينة ان الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة انها له لتوهم انهما تواضعا في محدود في يد ثالث على ان يدعي احدهما فيقول الآخر بانها في يده ويقيم المدعي بينة على انها له والدار في يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على الغير انتهى بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا مجال للمواضعة المذكورة وقوله اي قول القدوري في مختصره وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه قال صاحب العناية في عبارته تسامح لانه يؤول الى التقدير فلا بد من طلب المطالب فقائل يمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه انتهى كلامه اقول كل من ايراده وجوابه ساقط اما سقوط الاول فلان الضمير في طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو راجع الى ما يرجع اليه ضمير حقه وهو المدعي فالمعنى المطالبة حق المدعي فلا بد من طلب المدعي حتى يجب على القاضي اجابته فلا مسامحة اصلا واما سقوط الثاني فمن وجهين الاول ان المطالبة من طالبه فكذا فالمطالب المفعول هنا هو المدعى عليه فالذي دخل عليه الباء هو المدعى فلو كان المعنى المطالب حق المدعي صار المعنى المدعى عليه حق المدعي ولا خفاء في فساده والثاني ان المدعي ايضا ليس بحق المدعي بالتبعية بل ان ثبت دعوى المدعي

ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن

يكون المدعى حقه والا فلا ففي ابتداء الامر اين ثبت انه حقه حتى يتم ان يقال بوجه فلابد من طلبه اللهم الا ان يقال انه حقه في ابتداء الامر ايضا عند زعمه لكنه يحتاج حينئذ الى تقدير فيه على زعمه كما يحتاج الى جعل المصدر بمعنى المفعول ولا يخفى ان شان المصنف بمعزل عن مثل هذا التعسف وقال بعض الفضلاء ويجوز ان يكون المطالبة اسم مفعول والتانيث بتاويل الارض ونحوها انتهى اقول هذا ابعد عن الحق وابعد مما قاله صاحب العناية في جوابه اما الاول فلما ذكرنا من سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين واما الثاني فلان مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التانيث وتاويل كل مطلوب مذكر بمؤنث وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة بخلاف ما قال صاحب العناية ولانه يحتمل ان يكون اى المدعى مرهونا في يده اى في يد المدعى عليه او محبوسا بالثمن في يده فلا يصح الدعوى قبل اداء الدين او قبل اداء الثمن وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال اذ لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن لما طالب بالاسترداد من في يده قبل اداء الدين والثمن وعن هذا اى بسبب هذا الاحتمال قالوا اى المشائخ في المنقول اى في دعوى المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق اى يجب ان يقول المدعى هذا الشيء الذي ادعيه في يد المدعى عليه بغير حق لان لهذا الاحتمال اعنى العين يندفع بذلك الصدق مع ما تحقق اقول يرد عليه ان يقال ان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول ايضا فقد حصل به زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة كما في دعوى العقار فينبغي ان لا يجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول كما لا يجب في دعوى العقار وان لم يكن ذكر المطالبة مما لابد منه في دعوى المنقول يكون الدليل الذي ذكره المصنف في وجوب ذكر المطالبة في دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لان المطالبة حق المدعى فلا بد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول ويمكن ان يجاب عنه بنوع بسط في الكلام وتحقيق في المقام وهو ان ذكر المطالبة مما لابد منه في دعوى المنقول ايضا على ما يقتضيه الدليل الذي ذكره المصنف في دعوى العقار وفي دعوى الدين لكن لا يجب ذكرها قبل احضار المدعى عليه المنقول الى مجلس القاضي بل انما يجب ذكرها بعد احضاره اليه لان اعلام المدعى باقصى ما يمكن شرط وذلك في المنقول لا يكون الا بالاشارة كما مر فما لم يحضر المنقول الى مجلس القاضي لم تحصل الاشارة اليه وما لم تحصل الاشارة اليه لم يصر معلوما بما يجب اعلامه به وما لم يصر معلوما بهذا لم تتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به يشهد به قول المصنف فيما سياتي لان صاحب اليد ربما قد حضر فلم يبق الا المطالبة حيث يشير الى ان مطالبة الشيء تتعلق بتمام الدعوى فيجب ذكر المطالبة ولا شك ان احضار المنقول الى مجلس القاضي مما يتعلق بتمام الدعوى فلم يجب قبله على المدعى ذكر المطالبة فلما لم يجب قبله ما ذكرنا وجب عليه اذ ذاك ان يقول في يده بغير حق ازالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه احضار المدعى المنقول الى مجلس القاضي ويصح للقاضي تكليفه باحضاره اليه والحاصل ان الاحتياج الى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لاجل ان يجب على المدعى عليه احضار المدعى الى مجلس الحكم ووجوب احضار المدعى الى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيرها ثم ان هذا القيد المذكور في دعوى المنقول قبل احضار المدعى عليه المدعى الى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيما بعد احضاره اليه الا علة واحدة وهي ان المطالبة حقه فلابد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين بخلاف دعوى العقار فان لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف وبهذا البسط والتحقيق تبين اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية اقول هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا وجه لتخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى ثم ان ههنا كلمات اخرى للفضلاء الناظرين فلا علينا ان ننقلها ونتكلم عليها فاعلم ان صاحب الدرر والغرر اجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال ان درايته وجهه موقوف على مقدمتين مسلمتين احدهما ان دعوى الاعيان لا تصح الا على ذي اليد كما قال في الهداية انما ينتصب خصما اذا كان في يده والثانية ان الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم ان في ثبوت اليد في العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه مشاهد فدفعها في دعوى العقار باثباتها بالبينة ليصح الدعوى بعد ثبوته فيكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا يعتبر

فی یده وبطلب المطالبة یزول هذا الاحتمال ومن هذا قالوا فی المنقول یجب ان یقول فی یده بغیر حق

واما الید فی المنقول فلکونه مشاهدا لا یحتاج الی اثباته لکن فیه شبهة کون الید لغیر المالک فوجب دفعها لیصح الدعوی انتهی ورد علیه هذا الجواب بعضهم بانه قد صرح فی الهدایة والشروح بانه لا بد من المطالبة فی العقار ایضا لزوال احتمال کونه مرهونا او محبوسا بالثمن ویعلم من هذا انهم اعتبروا ذلک الاحتمال واوجبوا دفعه فی العقار ایضا وهذا لیس من شبهة الشبهة التی لم یعتبروها کما لا یخفی علی المتدبر فتدبر انتهی وقال بعض الفضلاء وان اردت تحقیق المقام وتحصیل الکلام فاستمع لما یتلی علیک مستمدا بالملک العلام ومستمدا من ولی الفیض والالهام فاقول لا شک ان فی العقار شبهة فی ثبوت الید علی المدعی ثم شبهة فی کونها بغیر حق وان الثانیة شبهة الشبهة وذلک ظاهر لمن تتبع افادیهم وان شبهة الشبهة غیر معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة ح تکون معتبرة الا یری انهم اذا شهدوا علی رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه یحد لان الذی فیه هو شبهة دعوی النکاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها فی تلک الدعوی فلا تعتبر لکونها شبهة الشبهة واما اذا حضرت قبل الاستیفاء وادعت النکاح لا یحد الرجل لاعتبار الشبهة الصدق اذ تحققت هذه المقدمات فنقول لو اتی مدعی العقار بهذه الزیادة وقال هو فی یده بغیر حق وقد قرع سمعک من علماء العربیة انه اذا کان فی کلام مثبت او منفی تقیید بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلک القید فیلزم عکس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة سیما انها احالوا دفعها الی کلام مستقل متاخر بحسب الرتبة عن ثبوت الید وهو قول المدعی المطالبة فان فی تلک المرتبة اندفعت الشبهة بطرقها وبقیت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت الید فیه مشاهد لا شبهة فیه فوجبوا تلک الزیادة لیندفع شبهة کون الید بحق او نقول لو زاد المدعی قوله بغیر حق فی دعوی العقار وهو متعلق بالکلام الاول ومن جملته ولم یندفع فی تلک الحالة شبهة کونه فی ید غیره یلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متاخرة مرتبة عن ثبوت الید فلا یلزم من اندفاعها به محذور کما ینبه علیه بخلاف المنقول فانه لیس فیه شبهة کونه فی ید غیره فاغتنم به فانه هو الکلام الفصل والقول الجزل ثم اعلم ان المطالبة فی المنقول کالمطالبة فی الدین لیس لدفع الاحتمال بل ذلک مخصوص بالعقار الی هنا کلامه واقول ما ذکره ذلک الفاضل وسماه بالتحقیق مما لا یجدی طائلا اما هو بذلک التلقیب بتحقیق اما اولا فلان خلاصة کلامه هی ان مدعی العقار لو اتی بتلک الزیادة وجعلها قیدا للکلام الاول وقصد بها دفع شبهة کون الید بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهی شبهة کونه فی ید الغیر سیما انها لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت الید وقد تقرر عندهم ان شبهة الشبهة غیر معتبرة قبل اندفاع الشبهة فاحالوا دفع شبهة الشبهة الی کلام مستقل متاخر فی الرتبة عن ثبوت الید وهو قول المدعی المطالبة فان فی تلک المرتبة اندفعت الشبهة وبقیت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت الید فیه مشاهد فلیس فیه شبهة کونه فی ید غیره فاوجبوا تلک الزیادة لیندفع بها شبهة کون الید بحق لکنها لیست بتامة لان الحاصل منها ان لا یصح الاتیان بتلک الزیادة فی دعوی العقار علی ان تجعل تلک الزیادة قیدا للکلام الاول وهذا لا ینافی صحة الاتیان بها علی ان تجعل کلاما مستقلا بان یقول المدعی انه فی یده وان یده بغیر حق فان الزیادة حینئذ تصیر کلاما مستقلا کما تری ویصیر متاخرا فی الرتبة عن ثبوت الید کقوله المطالبة لانه کما ان حق ذکر المطالبة ان یکون بعد ثبوت الید کذلک حق ذکر ان یده بغیر حق بعد ثبوتها اذ قبل ثبوت الید کما لا فائدة فی المطالبة لا فائدة ایضا فی بیان ان یده بغیر حق وهذا مما لا سترة به فلم یظهر وجه عدم الزیادة مطلقا فی دعوی المنقول وبالجملة ان ما ذکره وجه لفظی مخصوص بصورة کون الزیادة قیدا للکلام الاول لا وجه فقهی عام لجمیع صور الزیادة فلا یتم التقریب قطعا واما ثانیا فلانه حصر الاشکال فی المقام بان شبهة کون الید بحق یندفع فی دعوی المنقول ایضا بالمطالبة فینبغی ان یذکر الزیادة المذکورة فی دعوی المنقول کما ترکت فی دعوی العقار ولا یتم هذا الاشکال بما ذکره وبقوله ثم اعلم ان المطالبة فی المنقول کالمطالبة فی الدیون لیس لدفع الاحتمال بل ذلک مخصوص بالعقار انتهی لان رفع الاحتمال المذکور یحصل قطعا من ذکر المطالبة فی المنقول ایضا

قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

تمامه مع ان لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال بل المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه واما بقيد مناد من التحقيق فيندفع بهذا الاشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققه من قبل الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله قال اي القدوري في مختصره وان كان حقا في الذمة اي وان كان المدعي حقا ثابتا في الذمة يعني ان كان دينا لا عينا ذكر انه يطالبه به من غير ان يشترط فيه ما يشترط في العين على ما فصل فيما مر لما قلنا تعليل لذكر المطالبة فيه واشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا اي الاكتفاء فيه بذكر المطالبة لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه اي تعريف ما في الذمة وهو الدين بالوصف اي بالصفة فالمعنى لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدوري ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لانه يعرف به اي لان ما في الذمة يعرف بالوصف كما اذا قال انه جيد او وسط او ردي بعد ان يذكر جنسه وقدره ولكن انما يحتاج الى ذكر الصفة فيما اذا كان المدعي دينارا دينارا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا يحتاج الى ذلك كما ذكر في الشروح ومعتبرات الفتاوى وهذا كله على تقدير ان يكون مراد المصنف بالوصف ههنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ لكن الاظهر من حيث معنى المقام ان يكون مراده به معنى البيان فالمعنى لكن لا بد من تعريف ما في الذمة ايضا بالبيان اي ببيان ما يحتاج الى ما ذكره من جنسه وقدره مطلقا ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشني وبالجملة لا بد في كل شيء من الاعلام بما يقتضي ما يمكن التعريف قال اي القدوري في مختصره واذا صحت الدعوى اي واذا صحت الدعوى لشروطها سأل اي القاضي المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف وجه الحكم اي لينكشف القاضي وجه الحكم اي طريقه ان ثبت حق المدعي فان الحكم منه يكون باحد امور ثلثة البينة والاقرار والنكول ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال لينكشف له طريق حكمه فان اعترف قضى عليه بها اي فان اعترف المدعى عليه يقضي القاضي عليه بالدعوى بمعنى المدعى او به وجب الدعوى ثم ان اطلاق لفظ القضاء ههنا توسع لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البينة لان الشهادة خبر انما تصير حجة باتصال القضاء بها فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب وقد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها فاسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها كذا في الشروح وغيرها وقد اشار المصنف بقوله لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره اي يأمر القاضي المدعى عليه بالخروج عنه اي عما يوجبه الاقرار وان انكر اي المدعى عليه سأل المدعي البينة اي طلب القاضي من المدعي البينة لقوله اي لقول النبي عليه الصلوة والسلام للمدعي الك بينة فقال لا اي قال المدعي لا بينة لي فقال اي قال النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه اي يمين المدعى عليه سأل اي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعي عن البينة ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال اي فلا بد للقاضي من السؤال عن البينة ليمكنه الاستحلاف اي ليمكن القاضي استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة قال اي القدوري في مختصره فان احضرها اي فان احضر المدعي البينة على وفق دعواه قضى بها اي قضى القاضي بالبينة لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهي اي البينة فعيلة من البيان لانها دالة وفيه حجة ليظهر به الحق من الباطل وقيل فعيلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا في الكافي وان عجز عن ذلك اي وان عجز المدعي عن احضار البينة وطلب يمين خصمه وهو المدعى عليه استحلفه عليها اي استحلف القاضي خصمه على دعواه لما رويناه اشارة الى قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه لعدا قال المصنف ولا بد من طلبه اي من طلب المدعي استحلاف خصمه لان اليمين حقه اي حق المدعي الا ترى كيف اضيفت اليه بحرف اللام اي كيف اضيف اليمين الى المدعي بحرف اللام في قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه والاضافة اليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على ان اليمين حقه وانما قال المصنف اضيف بتذكير الفعل مع كونه مسندا الى ضمير اليمين التي هي مؤنثة على تأويل القسم او الحلف قال صاحب الكافي والفقه فيه اي في كون اليمين حق المدعي ان المدعي يزعم انه اتوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف

باب اليمين

حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتوا بمقابلة اتوا فان اليمين الفاجرة يدع الديار بلاقع ولا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم مساقا ولا تعزير
بوجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما في الكافي ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي للمدعى لا نسخ
اساءة الظن بالآخر فذلك لا يجوز فوجب اولا البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو فقد منا
اليمين لم يكن فيه نظر للمدعي عليه اذا قامة البينة مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه اولا ثم اقام المدعي عليه البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى قال صاحب العناية
بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر وبين وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال وجه ذلك ان الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة
كما اذا اقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة انتهى وقال بعض الفضلاء رد قوله لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث بل يكون مشروعية
البينة اذا عجز عن اليمين بان نكل فليتامل انتهى اقول بحثه هذا ليس بشيء لان مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كان اقامة البينة بعد تحقق البينة وصدورها من
المدعى عليه مشروعة بل يرشد اليه قطعا قوله كما اذا اقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة ومراد صاحب النهاية ايضا بقوله اذ اقامة البينة مشروعة بعد
اليمين مشروعية اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة انما يلزم في هذه الصورة فاحتمال كون
مشروعية البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بان نكل لا يفيد في دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية على ان هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لان
النكول عن اليمين ليس لعجز عنها او موحالة اختيارية دالة على صدق المدعي بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى ثم اقول بقي نظر آخر في كلام صاحب النهاية
وهو ان مشروعية اقامة البينة بعد اليمين تقتضي ان لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح
المزبور ومشروعية اقامتها بعد اليمين تقتضي حسنها فان كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزمه الحسن الشرعي فهو حسن شرعي ايضا فلا يصير

الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتامل

باب اليمين قال صاحب النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به
ذكر في هذا الباب حكم اليمين انتهى اقول فيه شيء وهو ان كون مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجري على قول ابي يوسف رح وعلى قول
محمد رح في رواية كما سيظهر في صدر هذا الباب فلم يكن ما ذكره وجها جامعا لاقوال ائمتنا على انه لما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا ذكر فيه ايضا حال
اليمين اجمالا فهما مشتركان في الذكر الاجمالي فيما قبل هذا الباب واما تفاصيل احكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل احكام
اليمين في هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودي فالاولى ما قاله صاحب العناية من انه لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز
المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين انتهى وقال صاحب غاية البيان اقول ما كان
يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال
الشارح العيني بعد نقل ما في غاية البيان قلت الذي رتبه المصنف هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها باحكامها وسائر ما يتعلق بها
انتهى اقول هذا الكلام منه في صدد دفع ما قاله صاحب غاية البيان فعلى هذا من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة كيف وهو قال بل كان
ينبغي ان يسوق الكلام متواليا فما ذكره الشارح العيني مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكانه ما فهم معنى صريح كلامه ثم اقول في دفع ذلك ان افراد
بعض المسائل من بين اخواتها بوضع باب مستقل لها او كتاب او فصل لكثرة مباحثها واحكامها او لتعلق غرض آخر باستقلالها كافراد الطهارة من بين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس

سائر شروط الصلوة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مماله باب مستقل وفصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب ايضا من ذلك القبيل ولهذا ترى الجماعة من اصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جردوا اشياء افراد مسائل اليمين بباب او فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف ههنا بمحل استغراب ولا استبعاد كما لا يخفى

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح هذا لفظ القدوري قال المصنف معناه حاضرة في المصر اي معنى قول القدوري فاذا قال المدعي لي بينة اذا قال لي بينة حاضرة في المصر واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة اذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما اشار اليه المصنف رح بقوله فيما سياتي كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس احترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن المصر فانها اذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم ان الظاهر كان ان يقرن المصنف قوله معناه حاضرة في المصر بذكر قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة حاضرة وقد اخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح فلعل وجهه امران احدهما ان المصنف استقبح قطع كلام القدوري بكلام نفسه نظرا الى ان يتم جواب مسئلة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر وثانيهما ان فائدة هذا التفسير الاحتراز عن الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفي ما نحن فيه بالاختلاف فلو قدم القول المشعر بالخلاف في مسئلتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة رح لم يظهر فائدة هذا التفسير فاقتضى هذا السر تاخير المصنف قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه اي حق المدعي بالحديث المعروف فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبيل هذا الباب من قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال صاحب غاية البيان بعدما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر سائر الشراح ويجوز ان يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر اقول لا يذهب على من تتبع اساليب تحرير المصنف في كتابه هذا انه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما روينا كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه لما عدل عن اسلوبه المقرر الا ترى كيف جرى على الاسلوب في ذكر دليل ابي حنيفة رح حيث قال ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا مريدا به الحديث المذكور فيما قبل فالحق ان مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر اي ما جوزه صاحب الغاية لا غير ويؤيده تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال وقال ابو يوسف رح يستحلف لعموم قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر انتهى فان قلت الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لان اليمين حقه فان كون اليمين حق المدعي انما يفهم من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه حيث اضاف اليه اليمين بلام الملك او الاختصاص قلت نعم ولكن يفهم ذلك ايضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر فان كلمة على في قوله على من انكر تدل على ان المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي نعم انفهامه من الاول اظهر لكن لا يوجب حمل كلام المصنف رح على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة فاذا طالبه به يجيبه اي فاذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يجيبه القاضي اي يحكم له بيمين المدعى عليه او يجيب المدعى عليه المدعي اي يحلف ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام للمدعي لك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه اي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة اي بغير العجز عنها اقول لقائل ان يقول ان كون ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن اقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على ان لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس اي في مجلس الحكم حيث لا يثبت

ومحمد مع ابي يوسف رحمه الله فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكره الطحاوي **قال** ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي

في حق اليمين هناك فكذا ههنا والجامع القدرة على اقامة البينة اقول لابي يوسف رحمه الله ان يفرق بين الصورتين بان يقول اذا لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يتيسر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه او بنكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له حق اليمين بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض اعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل الى حقه في الحال يحصل باقامة البينة في الحال فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل اقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول ابي حنيفة رحمه الله ههنا بطريق القياس ايضا كما يشعر به كلام المصنف ومحمد رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكره الطحاوي قال صاحب غاية البيان وهذه رواية عجيبة لان الشيخ ابا جعفر الطحاوي قال في مختصره ومن ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد انكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي فان ابا حنيفة رحمه الله قد روي عنه في ذلك ان القاضي لا يستحلف له المدعى عليه ان ذكر المدعي ان له على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يستحلف له على ذلك ولا يمنعه من استحلافه له ذكره ان له بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقد انكر الرواية عن محمد رحمه الله اصلا كما ترى ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكر الطحاوي الا ترى ان القدوري قال في كتاب التقريب قال الطحاوي لم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله انتهى كلام صاحب الغاية وقال الشارح العيني بعد ان ذكر انكار صاحب الغاية على المصنف في جعله محمدا رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكره الطحاوي وبعد ان نقل ما قاله صاحب الغاية اجمالا قلت لا وجه لهذا الانكار لان عدم وقوف الطحاوي على ان محمدا رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان الذي انكر فيه صاحب الغاية على المصنف انما هو اسناد المصنف رواية كون محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله الى الطحاوي بناء على ان الطحاوي قد انكر هذه الرواية عن محمد رحمه الله بالكلية في مختصره فكيف يصح ان يسندها المصنف اليه وليس الذي انكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله في اصلها حتى يتمشى ما قاله العيني من ان عدم وقوف الطحاوي على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها وكون محل انكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادي عليه الفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني قال اي القدوري في مختصره ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وجه الاستدلال به ما اشار اليه المصنف بقوله قسم اي قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لان الشركة تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان وبقوله وجعل جنس الايمان على المنكرين اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الاصول ان لام التعريف يحمل على الاستغراق ويقدم على تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وههنا كذلك وليس وراء الجنس شيء اي شيء من افراد ذلك الجنس فيكون المعنى ان جميع الايمان على المنكرين فلو رد اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسألة المذكورة من وجهين كما ترى وفيه خلاف الشافعي رحمه الله اي في عدم رد اليمين على المدعي خلاف الشافعي رحمه الله قال صاحب الكافي وعند الشافعي رحمه الله اذا لم تكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضى به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له لان النبي عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد ويمين ثم قال وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده انتهى وقال الامام الزيلعي في التبيين قال الشافعي رحمه الله اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضي له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه قال ايضا واذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له

قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى

لما روي انه عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد ويمين ويروى انه عليه الصلوة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين قال ثم ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن ابي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعدما انكره الراوي فضلا عن ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل ان يكون معناه قضى تارة بشاهد ويمين تارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما فيه كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع ليس فيه دلالة على ان يمين المدعي بل يجوز ان يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير الى هنا كلامه قال اي القدوري في مختصره ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق اراد بالملك المطلق ان يدعي الملك من غير ان يتعرض لسبب بان يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الشراء او الارث او نحو ذلك وهذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وارخا وتاريخ ذي اليد اسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد هذا فان قيل لم انتقض تعريف المدعي حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع فان البينة للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما يجب عند عجز المدعي عن البينة وهنا لم يعجز الى هنا كلامه فقد اورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الاول بانه لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه وعلى جوابه عن السؤال الثاني بان مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة والا فلا تمشية لسؤاله اصلا اقول ايراده الثاني متوجه ظاهر وقد كنت كتبته في مسودتي قبل ان ارى ما كتبه واما ايراده الاول فمندفع لان ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدعي الزيادة المذكورة في الصور المذكورة وانما يجبر عليها من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده وهذا ظاهر وكذا الخارج انما لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذي اليد استحقاقه لما في يده واما من حيث انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصور المذكورة فيجبر عليها وتحقيقه ان دعوى ذي اليد في الصور المذكورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتدأة مقصودة بالاصالة فمتى جرى الخارج على دعواه يدعي عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعي عليه ذو اليد شيئا لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه اصلا ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المعظم فيما قبل وتقرر عندهم وهو المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصور المذكورة كما اذا ادعى رجل على آخر دينا فادعى الآخر عليه ايفاء ذلك الدين اياه او ابراءه عن ذلك الدين فان الاول ان ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء او الابراء وكذا الحال في جميع صور دعاوي الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه ثم اقول بقي لنا كلام في تمشية جواب صاحب العناية عن السؤال الاول وهو انه جعل الزيادة التي يدعيها ذو اليد في الصور المذكورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ فالاول والثالث صحيحان والثاني ليس بظاهر الصحة لان معنى كون احدهما قابضا في الصورة الثانية ان يكون المدعى في يده بالفعل لان تثبت قبضه بالبينة على ما سيجيء تفسيره وبيانه في الكتاب وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى ان كون المدعى في يد القابض في تلك الصورة امر عيان لا يدعيه ذو اليد اصلا فضلا عن اقامة البينة عليه وقبول بينته بالاجماع فظهر ان بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المذكورة بالقبض ليس بتام فالحق ان يقول بدل قوله والقبض وتلقي الملك من شخص مخصوص فتدبر قوله وبينة الخارج اولى

وقال الشافعي رح تقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها

يعني ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول عندنا وفي احد قولي الشافعي رح تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضي بها لذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المصنف بقوله وقال الشافعي رح تقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد اي لتأكد البينة باليد لان اليد دليل الملك فيتقوى الظهور اي فيتقوى ظهور المدعى وصار اي صار حكم هذه المسألة كالنتاج اي كحكم مسألة النتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ان هذه الدابة نتجت عنده واقاما البينة على ذلك لاحدهما يد فانه يقضي لذي اليد والنكاح اي كحكم مسألة النكاح بان تنازعا في نكاح امرأة واقاما البينة وهي في يد احدهما فبينة ذي اليد اولى ودعوى الملك مع الاعتاق اي وكحكم مسألة دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه عبده يملكه اعتقه وهو فبينة ذي اليد اولى او الاستيلاد عطف على الاعتاق فالمعنى او دعوى الملك مع الاستيلاد بان تكون امة في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انها امته استولدها فبينة ذي اليد اولى او التدبير اي او دعوى الملك مع التدبير بان تكون عبد في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انه عبده دبره فبينة ذي اليد اولى ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا اي في القاضي او اظهارا اي في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك الا يرى ان من رأى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه ملكه فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل انما هي مؤكدة للملك الثابت باليد والتأكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات اصل الملك اما بينة الخارج فمثبتة لاصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتا وما هو اكثر اثباتا في البينة فهو اولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المصنف هاهنا فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بان البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيل بينة الخارج ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينة ذي اليد مثبتة بل مؤكدة للملك الثابت والتأسيس اولى من التأكيد كذا في العناية اقول يبقى هاهنا شيء وهو ان المتبادر من قولهم ان بينة الخارج اكثر اثباتا ومن قولهم ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق ان لذي اليد ايضا بينة وان من حقها اقامتها على الملك المطلق ايضا الا ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينته لكونها اكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضي ان لا يكون لذي اليد بينة شرعية في الملك المطلق وان لا يكون من حقها اقامتها على الملك المطلق اصلا لانه مدعى عليه محض وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كما مر بيانه فالاظهر في الاستدلال من قبلنا على مسألتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من ان لنا قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه عليه الصلوة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعي لان اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعي اسم لمن يدعي الشيء ولا دلالة معه ولهذا يقال مسيلمة الكذاب مدعي النبوة والخارج بهذه الصفة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك انتهى بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه فكانت بينة ذي اليد كبينة الخارج مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احدهما باليد وكذا الحال في النكاح الا ان المصنف لم يذكره مع اخواته اما نسيانا واما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره في النتاج وكذا على الاعتاق واختيه اي كذا اليد لا تدل على الاعتاق واختيه وهما الاستيلاد والتدبير فاستوت البينتان في الاثبات في هذه الصور ايضا فترجحت احدهما باليد وعلى الولاء الثابت بها اي بهذه الاشياء الثلاثة اي الاعتاق والاستيلاد

قال وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب

والتدبير يعني ان اليد لا تدل على الولاء الثابت بها ايضا فاستوت البينتان في ذلك ايضا فترجحت احدهما باليد قال اي القدوري في مختصره واذا نكل المدعى عليه عن اليمين يعني عليه بالنكول اي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه اي والزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وفي بعض نسخ مختصر القدوري ولزمه بدل والزمه اي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وقال الشافعي رح لا يقضى به اي بالنكول بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف اي المدعي يقضى به اي يقضى له بما ادعاه وقال ان نكل المدعي ايضا انقطعت المنازعة لان النكول تعليل لقوله لا يقضى به يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة اي عن اليمين الصادقة كما روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه انه نكل عن اليمين وقال خاف ان يوافقها قضاء فيقال ان عثمان حلف كاذبا كذا ذكره الامام خواهرزاده في مبسوطه واشتباه الحال اي ويحتمل اشتباه الحال عليه بان لا يدري انه صادق في انكاره فيحلف او كاذب فيمتنع فلا ينتصب اي لا ينتصب نكول المدعى عليه حجة مع الاحتمال المذكور ويمين المدعي دليل الظهور اي دليل ظهور كون المدعي محقا فيصار اليه اي فيرجع الى يمين المدعي ولنا ان النكول اي نكول المدعى عليه دل على كونه باذلا اي دل على كون المدعى عليه باذلا ان كان النكول بدلا كما هو مذهب ابي حنيفة او مقرا اي على كونه مقرا ان كان النكول اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك اي ولولا كونه باذلا او مقرا لاقدم على اليمين اقامة للواجب وهو اليمين لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه اي دفعا لضرر الدعوى عن نفسه فيترجح هذا الجانب واعلم ان حل المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من معضلات هذا الكتاب ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح ههنا عن اختلال واضطراب قال صاحب العناية فيترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان توزيع كونه باذلا او مقرا الى التورع والترفع مما لا يكاد يصح ههنا لان النكول عند ابي حنيفة رح بدل لا غير وعندهما اقرار لا غير فعلى التوزيع لا يثبت الرجحان في هذا الجانب على الترفع والتورع معا في واحد من المذهبين بل انما يثبت رجحان كونه باذلا في مذهب ابي حنيفة رح على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا في مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شيء من المذهبين لان الترفع وحده او التورع وحده يحتمل الاخذ من المحتملات المذكورة في دليل الشافعي وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مراد الناكل حتى يتم المطلوب والحاصل ان في تقرير صاحب العناية خلطا المذهبين كما لا يخفى واما ثانيا فلانا لا نسلم ان التورع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما نحن فيه انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير بل الظاهر ان التورع عنها واجب في كل حال واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فان ما ذكره من الافضاء الى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى اقول هذا غير وارد فان الافضاء اليه في صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا لان كون المنكر كاذبا في يمينه انما يتصور فيما اذا كان للمدعي حق عليه في الواقع فلو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البدل او الاقرار افضى الى الضرر بالمدعي قطعا لتضييع حقه وهو ما ادعاه وكذا الافضاء اليه في صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بادنى تامل لان اليمين حق المدعي لقوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه كما مر فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون ارضاء المدعي بالبدل ونحوه فضى الى الضرر بالمدعي بمنع حقه وهو يمين خصمه وقال صاحب البناية وصاحب الكفاية فيترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على جانب التورع لان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب في نكوله انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان ما ذكراه من الدليل انما افاد رجحان هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما الزمه الشرع فلا ينبغي ان يلتزمه الناكل ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورع وان اريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البدل او الاقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع

ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار
لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف
لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا

ايضا داخلا في ذلك الجانب يبقى ان يقال ماذكره من الدليل انما افاد رجحان جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو يحتمل وجها من المحتملات المذكورة في دليل الخصم ويجوز الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفا واما ثانيا فلان ماذكره من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير منفهم منه فكيف يتم بناء شرح قول المصنف فترجح هذا الجانب عليه والثاني فترجح يقتضي التفرع على ماسبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب اى ترجح جانب كون الناكل باذلا او مقرا على الوجه المحتمل وهو كونه متورعا ونحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه فلولا ان النكول بذل او اقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعى والعاقل المتدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان قوله وظلما على المدعى ليس بتام اذ لا نسلم ان النكول لو لم يكن بذلا او اقرارا لكان ظلما على المدعى لجواز ان يكون للترفع عن اليمين الصادقة فحينئذ لا يتحقق الظلم على المدعى لان صدق المدعى عليه في انكاره يستلزم كذب المدعى في دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم اللهم الا ان يقال يجوز ان يعد النكول ظلما على المدعى في صورة صدق المدعى عليه ايضا من جهة ان يمين المدعى عليه حق المدعى بموجب الحديث على مامر وان في النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالما على المدعى في الجملة واما ثانيا فلان في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا خللا حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين بل يحتاج الى خلطهما على ما بيناه في بحثنا الاول في كلام صاحب العناية فالصواب عندي في حل مراد المصنف ههنا ان يقال فترجح هذا الجانب اى جانب كون الناكل باذلا او مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي رح بناء على مقتضى ماسبق من قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك ان العاقل المتدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتملة اما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضروري اصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس واما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن العهدة فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا واما باشتباه الحال فلان من اشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه ايضا بل يتحرى فيقدم على اقامة الواجب او يعطي حق خصمه فيسقط عن عهدة الواجب فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضا وبالجملة ان قول المصنف اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي رح باسرها فيترجح كون الناكل باذلا او مقرا بالضرورة قوله ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه اشارة الى قوله ولا يرد اليمين على المدعى لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من انكر الخ ونحن ايضا قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي رح في رد اليمين على المدعى وجوابنا عنه نقلا عن الكافي والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر قال اى القدوري في مختصره وينبغي للقاضي ان يقول له اى للمدعى عليه اني اعرض عليك اليمين ثلثا اى ثلث مرات فان حلفت اى ان حلفت خلصت او تركتك والا قضيت عليك بما ادعاه اى بما ادعاه المدعى قال المصنف وهذا الانذار اى قول القاضي والا قضيت عليك بما ادعاه لاعلامه بالحكم اى الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي رح خلافا فيه فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فيجب ان يخبر حتى يحلف او ينكل كذا في الشروح قال اى القدوري في مختصره فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول قال المصنف وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار اى في اظهارها يعني ان هذا التكرار الذي ذكره الخصاف للاستحباب لا لانه شرط لجواز القضاء بالنكول نظيره امهال المرتد ثلثة ايام فانه مستحب لا واجب ومنع هذا بقوله فاما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه من ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار

وقضى عليه بنكوله مرة ... وهو قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس
هو الصحيح قال لا تحليف عند ابي حنيفة رح في نكاح ورجعة وفيء في ايلاء واستيلاد ورق ونسب وولاء

بشرط في شيء منها هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ كذا في اكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافي التقدير بالثلث في عرض اليمين
لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح انتهى وقال صاحب غاية البيان احترز
عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار انتهى اقول هذا ليس بشرح صحيح فان المصنف بعد ما صرح بان الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط في المبالغة في ابلاء العذر
كيف يزعم انه اشترط التكرار فيحترز عن قوله والاول اولى اي العرض ثلث مرات اولى يعني ان القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الاولى ان يقضي
بالنكول بعد العرض ثلث مرات وفي النهاية وذكر في فتاوى قاضيخان صورة المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القاضي فادعى عليه مالا او ضيعة في يده او حقا
من الحقوق فانكر فاستحلفه القاضي فابى ان يحلف فانه ينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا الزمتك المدعى ثم يقول له
القاضي احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان ابى ان يحلف بالله في المرة الاولى يقول له في المرة الثانية كذلك
فان ابى ان يحلف في المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه فان ابى
ان يحلف يقضي عليه بدعوى المدعي وان قضى القاضي بالنكول في المرة الاولى نفذ قضاؤه انتهى قال صاحب الكافي ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء
وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز ولا بد من ان يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة
ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه
بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف
ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور
غير مأخوذ به وليس بشيء اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة
وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان قال والله ما له علي الف درهم فادعى عليه الف
فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف رح يظهر كذبه وعند محمد رح لا يظهر الى هنا كلامه ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون
حكميا بان يسكت وحكمه اي حكم السكوت وهو الحكمي حكم الاول وهو الحقيقي اذا علم انه لا آفة به اي بالمدعى عليه من طرش الطرش محركتين اهون الصمم وقيل هو مولد
او خرس محركتين ايضا آفة باللسان تمنع الكلام اصلا هو الصحيح اختلفت الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا احلف فقال بعضهم
اذا سكت سأل القاضي عنه هل به خرس او طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في غاية البيان نقلا عن شرح
الاقطع قال اي القدوري في مختصره وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده يريد به التعميم لا تخصيص النكاح بالذكر في
النكاح اي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بان ادعى رجل على امراة انه تزوجها او بالعكس الرجعة اي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة ايضا
بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وانكرت او بالعكس الفيء في الايلاء اي في دعوى الفيء في الايلاء ايضا بان ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء
انه كان فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس والرق وفي دعوى الرق ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه عبده وانكر المجهول او بالعكس والاستيلاد اي
وفي دعوى الاستيلاد ايضا بان ادعت امة على مولاها انها ولدت منه ولدا وانكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المصنف والنسب اي وفي دعوى النسب
ايضا بان ادعى على مجهول انه ولده او والده وانكر المجهول او بالعكس والولاء اي في دعوى الولاء ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه معتقه ومولاه وانكر المجهول

والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي
وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء

او بالعكس كان ذلك في ولاء الموالاة اذ الوارث في ولاء الموالاة والعتاقة وولاء الموالاة والحدود اي وفي دعوى الحدود ايضا بان ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود
وانكره الآخر واللعان اي وفي دعوى اللعان ايضا بان ادعت على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج واعلم ان هذه الاشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري
سوى اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان
فتقرر انه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعا وانما اختلافهم في الاشياء السبعة الباقية وفي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير الفتوى
على قولهما وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله انتهى وفي النهاية بهذا كان
لم يكن المقصود المال وان كان المقصود دعوى المال بان ادعت المرأة على رجل انه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وانكر يستحلف في قولهم فان
نكل يقضي عليه بنصف المهر على الكل بعد هذا في الكتاب وسئل الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المرأة اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لاثبات
النكاح والزوج ينكرها فما يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة ابد الدهر قال يستحلف القاضي ان كانت هذه امرأتك فهي طالق حتى يقع الطلاق ان كانت
امرأته فيتخلص منه وتحل للازواج وذكر الصدر الشهيد في آدب القاضي في باب اليمين ان الفقيه ابا الليث رحمه الله اخذ بقولهما في هذه المسألة وهكذا في الواقعات
ايضا وكيفية الاستحلاف عندهما ان يحلف على الحاصل ان كانت المرأة هي المدعية بالله ما هذه المرأة امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج
هو المدعي يحلف بالله ما هذا زوجك على ما ادعى والمتأخرون من مشائخنا على انه ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ
بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة رح وهو كما اختار شمس الائمة رحمه الله في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه ان القاضي
ان علم بالمدعي التعنت في اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم وان علم بالموكل القصد الى الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل
ذلك الا برضى الخصم حتى يكون دافعا للضرر من الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبي وفي الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان
علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره
الصدر الشهيد في ادب القاضي الى هنا لفظ النهاية وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت
الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها وانما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين اخواته تنبيها على انه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة الا من جانب واحد
بخلاف اخواته الثمانية فان للدعوى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر لهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا
في الانكار اي في انكاره السابق على ما قدمناه يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى
على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلث كذا في العناية وغيرها فكان اي النكول اقرارا
او بدلا عنه بفتح الدال اي خلفا من الاقرار يعني انه قائم مقام الاقرار اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة تحرير المص ههنا حيث عين اولا كون النكول اقرارا
ثم فرع على دليله كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد ولا يرد فيها ما ذكر في النهاية والكفاية من انه ما يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في
القول بالاقرار انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد اولا ايضا اما بالاكتفاء بذكر كونه بدلا منه في الموضعين معا بل كان هذا اي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما سنقف
عليه والاقرار يجري في هذه الاشياء هذه كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة تقريره ان النكول اقرار والاقرار يجري في هذه الاشياء فينتج ان
النكول يجري في هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها ايضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف

لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد

لكنه اي لكن النكول اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت والحدود تندرئ بالشبهات فلا يجري النكول فيها واللعان في معنى الحد لانه قائم مقام حد القذف
في حق الزوج حتى ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا في حقها
كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه ايضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى
النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فانكر لم يلزمه واستحلف ولو كان
النكول اقرار الزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيبا في المبيع فاستحلف فنكل لم يلزم الموكل
ولو كان اقرار الزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن
اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضي به على الكفيل ولو كان النكول اقرار القضي والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا ان
المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار والانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار في قطع
الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرار الا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي الى هنا كلامه اقول ما ذكره
في الجواب منظور فيه من وجوه الاول ان الظاهر من قوله فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا كيت وكيت ان ما تقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون
وجه كونه بدلا منه مع انه صالح لهما ولهذا فرع المصنف عليه حيث قال فكان اقرارا او بدلا عنه الثاني ان الوجه الذي ذكره لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه
منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار في قطع الخصومة لجواز ان لا يكون بدلا كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطع الخصومة لا يدل على كونه
بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بدلا ايضا وبجواز كونه نفس الاقرار لا بدلا عنه فلم يتم التقريب الثالث ان الاقرار اذا كان سائغا في الاحكام لما هو
بدل عنه كما في صور النقوض المذكورة فمن اين يعرف جريان بدل الاقرار ايضا في الاشياء المذكورة حتى يتم دليلها المذكور في الكتاب الرابع ان قوله ومثل
هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي انما يتم لو كان المذكور في دليلها المسفور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد كما ترى
لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شيء اصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان لبعض الفضلاء كلاما في تحرير صاحب العناية ههنا احدهما في جانب السؤال
والآخر في جانب الجواب اما الاول ففي قوله وعليه نقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر ان تلك الاسولة الثلثة معارضات كما لا يخفى على من له ادنى تامل
ودربة انتهى واما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي حيث قال بل هو تغيير الدليل مع المدعي بجواز الاستحلاف انتهى اقول كل واحد منهما ساقط
اما الاول فلان كون تلك الاسولة معارضات مما لا يكاد يصح لان حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة جزئية
عن الدليل المذكور من قبل الائمة وهو صريح نقض اجمالي ولا مساغ للحمل على المعارضة في شيء منها لان المدعى ههنا وهو كون النكول اقرارا كلي اذ حكم
في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعي بالكلية وانما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسولة ولو كان النكول اقرارا
لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكره والحال ان المراد به مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعي كما لا يخفى واما الثاني فلان مراد صاحب العناية
بالمدعي ههنا قولهما ان النكول اقرار المستدل عليه في كلام المصنف بقوله لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فاذا اصير في الجواب عن النقوض المذكورة
الى كون النكول بدلا عن الاقرار لا نفس الاقرار فقد غير ذلك المدعي قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل بالنظر الى اصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف
عندهما لا ينافي كونه مدعى بالنظر الى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل والعجب من ذلك القائل انه جعل الاسولة المذكورة معارضات والمعارضة اقامة الدليل

ولاى حيلة تره انه بذل لان معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باداء ما ادعى فلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء
وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة

على خلاف معنى الخصم وما لا يتصور الا بان يكون المدعى ههنا قولها ان النكول اقرار اذ الاساس لتلك الاسولة باصل المسألة كما لا يخفى ولابي حنيفة رحمه الله
اى النكول بذل اى تفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضي فيه
بالنكول في هبة نصف الدار شائعا الاصح كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية قوله لان معه اى مع البذل لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به
اى لحصول المقصود من اليمين هو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثا على ترك الاقدام على اليمين هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بذلا واما العلة المرجحة
لكونه بذلا على كونه اقرارا فهي ما اشار اليه بقوله وانزاله باذلا اولى اى من انزاله مقرا كيلا يصير كاذبا في الانكار اى في الانكار السابق يعني لو حملناه على الاقرار لكذبناه في الانكار السابق
ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان نظن به الكذب قيل عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادى بقضاء كما لو صالح على انكار
واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعى يرجع الى الدعوى اجيب عنه بان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى
واما ههنا فالمدعى يقول انا اخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب
به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا واجيب عنه بان الحكم لا يجب بالبذل الصحيح واما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يجب به بل هو موجب له قطعا للمنازعة
وقيل عليه يقضي بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى به لان البذل لا يعمل فيها واجيب عنه بانا لا نسلم ان البذل فيها غير عامل اذا كان مفيدا
نحو ان يقول اقطع يدي وبها اكلة حيث لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يتخير به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين الصادقة كذا قالوا في الشروح اصل
ههنا من الاسولة والاجوبة والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه لو قالت مثلا لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لم يصح بذلها وكذا لو قال لا نكاح
ولكني هذا يوذيني بالدعوى فبذلت له نفسي ليسترقني او قال انا ابن فلان ولكن هذا يوذيني بالدعوى فابحت له ان يدعي نسبي لم يصح بذله بخلاف الاموال
فانه لو قال هذا المال ليس له ولكني ابحته وبذلته له لا تخلص من خصومته صح بذله وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول ولما لم يجر البذل في هذه الاشياء لم يتصور فيها
القضاء بالنكول الذي هو المبذل فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة قال صاحب الكافي فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة
والسلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى وقال صاحب الغاية لا يقال ابو حنيفة رح ترك الحديث
المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر بالرأي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين
فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء
واجاب العلامة الكاكي بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس ولم يذكره الشارح يعني صاحب العناية لان المخصص يجب ان
يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى اقول مدار كلامه على ما فهمه من ان يكون مراد العلامة الكاكي ان المخصص الحدود من الحديث هو اجماع الامة
والظاهر ان مراده بالاجماع اتفاق الائمة فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه ولا ينافي هذا كون المخصص نصا ومقارنا على ان
قاعدة الاصول هي انه اذا لم يعلم المقارنة وجد ما يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ويؤيد كون مراده بالاجماع اتفاق الائمة في كون الحديث مخصوصا ان
الجواب الذي ذكره وقع في الكافي والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع فتأمل الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة
اليسيرة هذا جواب سوال مقدر وهو ان النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لان في البذل معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع فاجاب بانهما
يملكان ما لا بد لهما منه للتجارة كما في الضيافة اليسيرة وهذا لهما بالنكول من جملة ذلك كذا في حاشية الشروح اقول للمانع ان يمنع كون هذا لهما من جملة ذلك

[illegible] قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان

اذ الخصومة تندفع به بدون ذلك من غير ضرورة بان اقدم على اليمين لكان صادقا فيه انكاره وان تقرر ان كان المدعي هو الصادق فليس له حق صحة البذل في زعم
زعم المدعي وهو لقبضه حق النفس البذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين فيجري فيه ايضا جواب اخر الاسقاط وبيان النكول كان لا يجري في الدين الا بمحله الاعيان الى الدين
ادائه من حيث في الذمة والبذل الاعطاء لا يجري الا في الاوصاف فاجاب بان معنى البذل ههنا ترك المنع وكان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه الا انه
المنع جائز في الاموال لان امر المال هين حيث تجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فانه لا يجري فيها الاباحة كذا في الشروح وسائر المعتبرة حتى ان صاحب الكافي في تقرير
السؤال والجواب حيث قال فان قيل لو كان نكوله بذلا لما جرى في الدين لان محل البذل الاعيان لا الديون اذ البذل الاعطاء لا يجري الا في الاوصاف والدين وصف في الذمة قلنا البذل
ههنا ترك المنع كان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وامر المال هين بخلاف النكاح ونحوه انتهى اقول لا يخفى على من له فطرة سليمة بعد التأمل ان
الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وان بلغت التفات بالقبول لان الدين لما كان وصفا ثابتا في الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلا للاخذ كما لم يكن قابلا للبذل اي الاعطاء
وان ترك المنع انما يتصور في الاموال المتحققة في الاعيان لا في الاوصاف الثابتة في الذمم لان ترك المنع فرع جواز الاخذ فاذا لم يكن قابلا للاخذ لم يتصور فيه ترك المنع عن
الذي يأخذه المدعي من المدعى عليه بناء على زعمه انه حق نفسه الدين بل كان العين وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منعه اخذ الدين بل كان اخذ العين فالسؤال المتجه
لا بالعين فالجواب المذكور لا يدفعه والحق عندي في الجواب ان يقال معنى البذل في الدين اعطاء مثل ما في ذمة المدعى عليه باعتبار ان يكون مثل معاينة سائر الديون الى حصول
المقاصة من الطرفين كما ان معنى قضاء الدين ذلك ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها على ما حقق في موضعه فاذا قال المدعي مثلا ان لي عليه عشرة دراهم كان معناه حصل
في ذمته وصف معاير عشرة دراهم فالذي يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين اعطاء عين ما يماثل معاير ما ادعاه المدعي من عين عشرة دراهم في نفسه حتى
هو العين الذي يعطي لا الدين نفسه وان كان المدعي دينا قال الامام محمد رحمه الله في الجامع الصغير ويستحلف السارق يريد به انه اذا ادعى المسروق منه اخذ المال فانه
يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لان ثبت بالشبهات الا ترى انه ثبت بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فجاز ان يثبت بالنكول الذي
هو بذل او اقرار فيه شبهة والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول فلهذا لا يجري اليمين في الحدود وعن محمد انه قال القاضي يقول للمدعي ما تريد
فان قال اريد القطع فالقاضي يقول له ان الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين وان قال اريد المال قال القاضي يقول له دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال
كذا في النهاية نقلا عن الامام المرغيناني والمحبوبي قال المصنف فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله اي بفعل السارق وهو السرقة شيئان الضمان اي احدهما
ضمان المال ويعمل فيه النكول والقطع اي وثانيهما قطع اليد ولا يثبت به اي لا يثبت القطع بالنكول قال صاحب العناية يريد المصنف بقوله لان المنوط بفعله شيئان
النكول الحكم قال ويجوز ان يراد به فعل السرقة اقول الثاني هو الصحيح والاول فاسد لان المصنف صرح بان القطع لا يثبت بالنكول فكيف لا ينافي القطع بالنكول حتى يكون
يحمل الفعل في قوله لان المنوط بفعله شيئان على النكول لا على شيئين هو القطع ثم اقول التحقيق في كلام المصنف شيء وهو ان التعليل الذي ذكره بقوله لان المنوط بفعله شيئان الى اخره
لا يفيد شيئا يعتد به اذ ليس فيه بيان لمية المدعي ههنا بل هو مجرد تفصيل لما قبله فان قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله فان نكل ضمن من غير اشارة الى علة كون النكول
وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير اشارة الى علة عدم ثبوت القطع فيبقى المدعي غير معلوم اللمية والاوجه في التعليل ما ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز حيث
قال لانه يجب بفعله شيئان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى كذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان في السرقة المال
والحد وايجاب الحد لا يجامعه الشبهة وايجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى ثم قال فصار اي صار حكم هذه المسئلة كما اذا شهد عليها اي على السرقة رجل وامرأتان فانه
يثبت هناك المال دون القطع فكذا ههنا وصار كما اذا اقر بالسرقة ثم رجع فانه يسقط بالرجوع الحد وهو القطع ويثبت المال بالاقرار ولا يسقط بالرجوع قال الكمال

ثم اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق

واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال فائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون الدعوى في كل المهر او نصفه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى واجاب عنه بعضهم بانه لو اطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول للغلبة فتقييده ليعم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده اولى كما لا يخفى قال المص وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق اي وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق لان ذلك دعوى المال اي المقصود من ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لان المال يجري فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح في قول ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح لا يجري فيه البذل قال بعض الفضلاء فان قيل يلزم على هذا تحقق الملزوم بدون اللازم قلنا يجوز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقا على ان المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى اقول كل من وجهي جوابه مختل اما الاول فلانه لو جاز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لجاز البذل في النكاح في الجملة اي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط واما الثاني فلان المهر وان لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة التي نحن فيها ان النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال ثم اقول في الجواب عن السؤال ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه واما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لان معنى ثبوته عنده ظهوره لديه اذ قد مر ان الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز ان يقوم الحجة على الاول دون الثاني كما فيما نحن فيه فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت وقس على هذا احوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة بهذه في الكتاب فان ما ذكرنا ينحل في الجميع قال المص وكذا في النسب اي وكذا يستحلف في النسب بالاجماع اذا ادعى حقا اي اذا ادعى مع النسب حقا آخر كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخ المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه فانه يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضي بالمال دون النسب والحجر في اللقيط بان ادعت امرأة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه انه اخوها وانها اولى بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها دون النسب والنفقة بان ادعى زمن على موسر انه اخوه وان نفقته عليه فانكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان نكل يقضي بالنفقة دون النسب وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب ان يرجع في الهبة فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب لان المقصود هذه الحقوق وليس للمجموع يعني ان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق اي دون النسب المجرد ثم ان صاحب العناية بعد ما فسر قول المص لان المقصود هذه الحقوق بقوله اي دون النسب المجرد قال في تعليله فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى اقول فيه نظر لان تحميل النسب على الغير لا يلزم من المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها واما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة فلا والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا الا يرى ان المدعي في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه انت ابي فان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط اذا قالت ان الصبي ابني منها فان المسئلة بحالها ايضا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة كلية المدعى وقال بعض الفضلاء الاظهر ان يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره فان البذل لا يجري فيه كما قاله آنفا في صورة دعوى النكاح انتهى اقول فيه ايضا نظر فان المعلل ههنا ان لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لان الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها ايضا البينة والاقرار وعدم البذل انما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح ان يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة

وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما **قال** ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه

بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فان الحاصل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البذل في النكاح فلا يفيد قطعا لا انتقال التعليل فصح هنا ان يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحد من تلك المسائل ان المدعي معه حقا آخر كما ينادي عليه قول المصنف وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث الخ لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما يثبت بالاقرار كالبنوة ونحوها فان دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة فلو كان مقصود المدعي فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقا آخر واما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فان دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على ان يدعي المدعي مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز ان يكون مقصود المدعي في هذه الصورة النسب المجرد ويدعي مع النسب حقا آخر لمجرد التوسل الى مقصوده وهو النسب المجرد والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا كما بيناه من قبل فكان هذا التعليل ايضا قاصرا عن افادة كلية المدعى وبالجملة لم يظهر لقول المصنف لان المقصود هذه الحقوق محمل ووجه شامل لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في ان صاحب الكافي لم يذكر قول المصنف هذا اصلا مع ان عادته اقتفاء اثر المصنف في امثاله وان اكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية وانما يستحلف في النسب المجرد قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر انفا عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كان يثبت باقراره اي اذا كان يثبت النسب المجرد باقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار فكل نسب لو اقر به المنكر يثبت بالنكول ايضا كالاب والابن في حق الرجل فانه اذا اقر بالاب والابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره والاب في حق المرأة فانها اذا اقرت بالاب يصح اقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها اما لو اقرت بالابن فلا يصح اقرارها ولا يثبت نسبه منها لان في دعواها الابن اي في دعوى المرأة الابن اي في اقرارها به كذا في النهاية وغاية البيان تحميل النسب على الغير وهو لا يجوز والمولى اي وكالمولى يعني السيد والزوج في حقهما اي في حق الرجل والمرأة وهذا القيد اعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا لان اقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المصنف ههنا ان اقرار الرجل يصح باربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار المرأة يصح بثلاثة بالاب والمولى والزوج ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان اصل المسألة في محلها ان اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المرأة يصح باربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد لما مر فكان المصنف اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الاصل في هذا الباب ان المدعى قبله النسب اذا انكر لا يستحلف ان كان بحيث لو اقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا او اقرارا فيقضي عليه فاذا كان لا يقضي عليه لو اقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو اقر لزمه ما اقر به فاذا انكر هل يستحلف على ذلك فالمسألة على الاختلاف عند ابي حنيفة رح لا يستحلف وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسائل الباب انتهى قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده اي ليس للمدعي بينة استحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها وهذه المسألة مذكورة في الجامع الصغير ايضا في كتاب القضاء ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه الارش فيهما اي في النفس وفيما دونها لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة فلا يكون اقرارا بل يكون بذلا كذا في الكافي فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه اي من جهة من عليه القصاص قيد امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه القصاص لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال ايضا كما اذا اقام مدعي القصاص رجلا وامرأتين او الشهادة على

كما اذا قال الحاكم والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها
اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد
للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في
اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى
نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح

على الشهادة حيث لا يقضي بشيء لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شيء كذا في الشروح ونظيرهما ما اشار اليه المص بقوله كما
بانكار والولي يدعي العمد فانه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب شيء ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالمال
فيجري فيها البذل كما يجري في الاموال بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقطع يدي اي لو قال لآخر اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان
على القاطع انما اي عدم وجوب الضمان اعمال للبذل في الاطراف واما لو قال اقتلني فقتله فانه يجب عليه القصاص في رواية والدية في اخرى وهذا دليل على عدم
جريان البذل في الانفس لما استشعر ان قائل لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لكان ينبغي ان يباح قطع يده اذا قال اقطع يدي كما يباح اخذ ماله
اذا قال فخذه اجاب عنه بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة اي لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما ان اتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بان قال القِ مالي في
البحر او احرقه بالنار وهذا البذل اي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين احدهما انه
مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف انما يسلك بها
مسلك الاموال في حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن
الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث
الاول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات لعدم تبين المراد حيث قال يعني ان في كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه
لو صح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع ايضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تاتي البذل فيه انتهى اقول مدار بحثه على ان يكون
المراد بالشبهة ذلك وهو ممنوع اذ يجوز ان يكون المراد ان في كون الاطراف مما يسلك به مسلك الاموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الانفس كما ذهب اليه الشافعي رح
وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة والحر والعبد وبين العبدين فيما دون النفس على ما ياتي في كتاب الجنايات فمع هذه الشبهة لا يتاتى البذل في قطع
الاطراف في حقوق الله تعالى بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب ثم ان في ذكر هذه الشبهة اشارة الى سبب عدم تاتي البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكرها احسن
من طرحها والاكتفاء بعدم تاتي البذل فيه كما لا يخفى فاذا امتنع القصاص في النفس اي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر واليمين حق مستحق اي الحال
ان اليمين حق مستحق يحبس به اي يحبس الناكل فيملك الحق كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا قال اي القدوري في مختصره واذا
قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه اي كيلا يغيب خصمه فيضيع حقه اي حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروف
الدار حتى يحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق كذا في الكافي وغيره والكفالة بالنفس جائزة عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر من قبل اي وقد مر جواز الكفالة
بالنفس من قبل اي في اول كتاب الكفالة واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا اعلم ان اخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف روي عن قتادة والشعبي انه لا يجوز
وروي عن ابراهيم النخعي انه يجوز وهذا هو الاستحسان اخذ به علماؤنا فالقياس ان لا يجوز وجه الاستحسان ان مجرد الدعوى ليس سببا للاستحقاق فكيف يجبر
المدعى عليه بالانكار فلا يجب عليه اعطاء الكفيل وجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان فيه اي في اخذ الكفيل نظرا للمدعي اذ لا يغيب خصمه فيتمكن من اقامة البينة عليه
وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه اي على المدعى عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه من الاعداء على لفظ المجهول يقال استعدى فلان
الامير على من ظلمه اي استعان به فاعداه الامير عليه اي اعانه الامير عليه ونصره ومنه قول الشاعر ... ونستعدي الامير اذا ظلمنا ... ومن يعدي اذا ظلم الامير كذا في النتائج
ويحال بينه وبين اشغاله على لفظ المجهول ايضا فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح

ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة **قال** فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به من منعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف **قال** واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد اشرك

اقتدار ثم ما روي عن ابي يوسف رح انه يؤخذ الكفيل الى المجلس الثاني ولا فرق في الظاهر اي في ظاهر الرواية بين الخامل والوجيه يقال خمل الرجل خمولا اذا كان ساقط القدر والحقير من المال والخطير اي وبين الحقير من المال والخطير اي الشريف وعن محمد رح انه اذا كان معروفا ظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعي حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر اي في قوله حاضرة وحاضرة في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب بفتحتين مخففة الياء او بضم العين مشددة الياء لا يكفل اي لا يكفل خصمه لعدم الفائدة اذ هي احضار بعد حضور الشهود ودون في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤوب قال اي القدوري في مختصره فان فعل اي فان اعطى خصمه الكفيل فبها والا اي وان لم يعط امر بملازمته اي امر المدعي بملازمة خصمه كيلا يذهب حقه اي حق المدعي الا ان يكون غريبا على الطريق اي الا ان يكون المدعى عليه غريبا على الطريق اي مسافرا فيلازمه اي فيلازم المدعي المدعى عليه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس اي وكذا لا يكفل المدعى عليه اذا كان مسافرا الا الى آخر مجلس القاضي فالاستثناء منصرف اليهما اي الاستثناء المذكور في مختصر القدوري بقوله الا ان يكون غريبا منصرف الى التكفيل والملازمة جميعا لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اي على مقدار مجلس القاضي اضرارا به اي بالمدعى عليه بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار اي في مقدار مجلس القاضي ظاهرا اي من حيث الظاهر لان بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة فاذا اراد ان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينة فان القاضي يحلف المدعى عليه ويخلي سبيله ليذهب حيث شاء فان اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب انا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر تكلموا فيه بأقوال قال بعضهم القول قول المدعي لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالاصل وقال بعضهم القاضي يسأله مع من يريد السفر فان اخبر ومع فلان فالقاضي يبعث الى الرفقة امينا من امنائه يسأل ان فلانا هل استعد للخروج معكم فان من اراد السفر لا بد من ان يكون مستعدا لذلك قال الله تعالى ولو ارادوا الخروج لاعدوا له عدة فان قالوا نعم قد استعد لذلك انعم قولهم اي قول خصمه ان يقبل منه فيمهل الى آخر المجلس فان احضر المدعي بينة في هذه المدة والا خلى سبيل المطلوب ان لم يعلموا من حاله شيئا فحينئذ يعلم انه يبقى ثلثة ايام لا يحل لاستعداد فقلنا بانه يجب اعطاء الكفيل ثلثة ايام كذا في غاية البيان قال المص وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى والذي ذكره المصنف رح هناك هو انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة انتهى وقال في الكافي ومعنى وتفسير الملازمة ان يدور معه حيث دار ويبعث امينا حتى يدور معه اينما دار لكن لا يجلسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول على اهله بل يدخل المطلوب الى اهله والطالب الملازم يجلس على باب داره ثم قال رأيت في الزيادات في الباب الخامس والاربعين ان المطلوب اذا اراد ان يدخل بيته فاما ان يأذن المدعي بالدخول معه او يجلسه معه على باب الدار لانه ربما

حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف لما ذكر نفس اليمين اي في اي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لان كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفته والصفة تقتضي سبق الموصوف قال اي القدوري في مختصره واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه الصلوة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر اقول ههنا كلام وهو انه قال في كتاب الايمان اليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وهذا صريح في ان اليمين كما يكون بالله تعالى يكون ايضا بصفاته التي يحلف بها في المتعارف والحصر المستفاد من قوله ههنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضي اختصاص اليمين بالله تعالى وايضا قال هناك ان قال ان فعلت هذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا والحصر المستفاد ههنا ينافيه ايضا

وقد يؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه وله ان يزيد فى التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضى بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا تغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل فى زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضى ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال ويستحلف اليهودى بالله الذى انزل التورية

ويمكن ان يجاب عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب اهل السنة ان صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها فلعله هذا لا ينافى قوله دون غيره وصحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها ايضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الثانى بان اليمين فى الصورة المذكورة وان لم يكن بالله تعالى فى ظاهر الحال الا انها كانت به فى المآل فتامل قال فى المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم فى اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سواء كذا فى النهاية ومعراج الدراية قوله اى اليمين بذكر اوصافه اى بذكر اوصاف الله تعالى هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه وله اى وللقاضى ان يزيد فى التغليظ على هذا اى على المذكور وله ان ينقص منه من المذكور لان المقصود هو الاستحلاف النكول واحوال الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع باونى تغليظ ومنهم من لا يمتنع الا بزيادة تغليظ فللقاضى ان يراعى احوال الناس والاصل فيه حديث ابى هريرة رضى الله عنه فى الذى حلف بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذى لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذى انزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين والمراد بالاحتياط ان يذكر بغير واو اذ لو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلثة ايمان وتكرار اليمين غير مشروع كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط لان المستحق عليه يمين واحدة فلا يزاد عليها وان شاء القاضى لم يغلظ فيقول بالله او والله لما مر ان المقصود من اليمين النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالامر فيه الى القاضى وقيل لا تغلظ على المعروف بالصلاح اذ الظاهر منه ان يمتنع بدون التغليظ وتغلظ على غيره لكون امره على خلاف الاول وقيل تغلظ فى الخطير من المال دون الحقير لتشمل ما ذكرنا فى القيل الاول قال اى القدورى فى مختصره ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر وقيل فى زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضى ان يحلف بذلك اى بالطلاق او بالعتاق لقلة المبالاة باليمين بالله اقول يرد عليه ان هذا التعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر فلا يصح على ما عرف فى موضعه وفى فتاوى قاضيخان ان الح المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق فى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك بانه الصحيح ظاهر الرواية انتهى وفى الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشائخنا واجازه البعض فيفتى بانه يجوز ان المفتى واذا الح المستفتى فى الفتوى يفتى بان الراى الى القاضى انتهى وفى فصول الاستروشنى ولو حلف القاضى بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا انتهى وفى الخلاصة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشائخنا فان مست الضرورة يفتى ان الراى الى القاضى فلو حلف القاضى بالطلاق فنكل فقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى اقول قد تلخص من هذه المذكورات كلها ان للقاضى ان يحلف بالطلاق عند الحاح الخصم ان يفتى بجواز ذلك اذا مست الضرورة ولكن ليس له ان يقضى بالنكول عنه وان قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب الكفاية لكنه لو نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به الا يرى الى ما مر فى بيان دليل ابى حنيفة رحمه الله على عدم جواز الاستحلاف فى الاشياء المعدودة عنده من ان النكول بذل والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف فى الاشياء المذكورة عنده فتامل قال اى القدورى فى مختصره ويستحلف اليهودى بالله الذى انزل التورية

على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام لقوله صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الأعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه والمجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد في الأصل ويروى عن أبي حنيفة في النوادر أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصا وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت

على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام لقوله أي لقول نبينا عليه الصلاة والسلام لابن صوريا الأعور وفي المغرب ابن صوريا بالقصر أعجمي أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام أن حكم الزنا في كتابكم هذا أي التحميم هذا الحديث أخرجه مسلم في الحدود وسنده إلى البراء بن عازب رضي الله عنه قال مر على النبي عليه السلام بيهودي محمم مجلود فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزاني في كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا فقال أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزاني في كتابكم فقال اللهم لا ولولا أنك نشدتني بهذا لم أخبرك نجد حد الزاني في كتابنا الرجم ولكنه كثر في أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فلنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم إني أول من أحيى أمرك إذ أماتوه فأمر به فرجم وقال شراحه وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا وقد صرح باسمه في سنن أبي داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم يعني لابن صوريا الحديث وهو مرسل ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصراني نبوة عيسى عليه السلام أي نبوته عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ليكون أدعى له عن الإقدام على اليمين الكاذبة ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار هكذا ذكر محمد رح في الأصل وذلك لأن المجوس يعتقدون في النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود ويروى عن أبي حنيفة رح أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصا أي نفيا لما عسى يتوهم من الشركة في التعظيم وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لأن في ذكر النار مع اسم الله تعظيما وما ينبغي أن تعظم لأن النار كغيرها من المخلوقات كما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوس بالله الذي خلق النار وفي المبسوط وكأنه وقع عند محمد رح أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة فيمتنعوا عن النكول قال تذكر ذلك في اليمين انتهى بخلاف الكتابين أي التوراة والإنجيل لأن كتب الله تعالى معظمة فجاز أن تذكر مع اسم الله تعالى والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله لا يقال لو كانوا يعتقدون الله ما عبدوا الأوثان لأنا نقول إنما يعبدونها تقربا إلى الله تعالى على زعمهم الأدنى إلى قوله تعالى حكاية عنهم ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى فإذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى فيمتنعون من الإقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فيحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول قال أي القدوري في مختصره ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها أي لا يحضر بيوت عبادتهم للحرمة بل هو ممنوع عن ذلك لأن فيه تعظيم ذلك المكان والحلف يقع بالله تعالى لا غير أي وكان حلفه جائزا وفي الأجناس قال في المأخوذ للحسن رح إن سأل المدعي القاضي أن يبعث به إلى بيعته أو كنيسته فيحلف هنالك فلا بأس أن يفعل إذا اتهمه كذا في غاية البيان قال أي القدوري في مختصره ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك أي بدون تعيين الزمان والمكان وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها أي حضور الأزمان المعينة والأماكن المخصوصة وهو مدفوع أي الحرج مدفوع بالنص وقال الشافعي رح إذا كانت اليمين في قسامة أو في لعان أو في مال عظيم فإنها تختص بمكان إن كان بمكة فبين الركن والمقام وإن كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلاة والسلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الأقطع قال أي القدوري في مختصره ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت يعني يستحلف على الحاصل دون السبب واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل أو السبب والضابط في ذلك أن السبب إما إن كان مما يرتفع برافع أو لا فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع وإن كان الأول فإن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند أبي يوسف رح إلا إذا عرض المدعى عليه بفسخ السبب

لانه قد باع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه هذا قول ابي حنيفة ومحمد رح اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ

سيظهر الكل من الكتاب قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة لانه قد باع العين ثم يقال فيه من الاقالة اى يطرى عليه الاقالة فلا يبقى البيع على حاله فلو استحلف على السبب الذي هو البيع ههنا لتضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده اى رد المدعى ولا يحلف بالله ما غصبت هذا ايضا من قول القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانه قد يغصب ثم يفسخ اى يفسخ الغصب بالهبة والبيع فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي هو الغصب ههنا لتضرر به فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال وهذا ايضا من قول القدوري قال صاحب النهاية واكثر الشراح هذا على قولهما لما ان الاستحلاف في النكاح قولهما اقول الاولى ان يقال هذا على قول محمد رح لان الاستحلاف في النكاح مطلقا وان كان يجري على قولهما معا الا ان الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل انما يجري على قول محمد رح فقط اذ الاستحلاف فيه على قول ابي يوسف رح انما هو على السبب كما تنادي عليه قول المصنف فيما سياتي اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب نعم سيقول المصنف هناك ايضا الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل لكن الكلام ههنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقا اى سواء عرض او لم يعرض يدل عليه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما قول ابي يوسف رح اولا خلاف في صورة التعريض قال المصنف في التعليل لانه قد يطرأ عليه الخلع اى يطرأ على النكاح الخلع فلو حلف على السبب الذي هو اصل النكاح ههنا لتضرر به فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها هذا ايضا من قول القدوري وكان هذا ذكرا بعدها في نحو المسئلة التي هي اخرى المسائل المتشابهة المذكورة ههنا لما الى ههنا معتبرة في المسائل التي تقع ايضا الا انها لما كثرت فيها جعل اعتمادا على انفسها ما سيعرفه التمام قال المصنف في التعليل لهذه المسئلة لان النكاح قد يجدد بعد الابانة ذكر على جملة ما ذكره في تلك المسائل انواعا فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه على ما مر تقريره هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اى التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة قولهما قال بعض العلماء ههنا كلام وهو انه لا يحلف في النكاح عند ابي حنيفة رح فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى اقول هذا ظاهر لكن الظاهر ايضا ان مراد كلام المصنف ههنا على ما يقتضيه تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح تمام ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال اى التحليف على الحاصل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وليس معناه ان التحليف على الحاصل في جميع الامور المذكورة قول ابي حنيفة رح حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من انه لا يحلف عنده في النكاح انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قول المصنف اما على قول ابي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب يابي ما قاله هذا القائل اذ قد صرح المصنف ههنا بلفظ الجميع تعيينا لكون الخلاف بين ابي يوسف رح وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لا في كيفية التحليف في الجملة فتدبر اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك اى في جميع ما ذكر من الوجوه على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا اى الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا من ارتفاع السبب وصفة التعريض ان يقول المدعى عليه للقاضي اذا عرض القاضي اليمين عليه بالله ايها القاضي ان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيل فيه او على هذا في اخوات البيع فحينئذ يحلف على الحاصل انتهى فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعى عليه حين طلبه كذا في النهاية نقلا عن شرح الاقطع وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه اى روي عنه انه ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل في فتاوى قاضيخان قال شمس الائمة هذا احسن الاقاويل عندي وعليه اكثر القضاة وفي الكافي قال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي فالحاصل هو الاصل عندهما اى التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا اى اذا كان سبب ذلك سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه اى في التحليف على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي

يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف
على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم
اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم قال و
من ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة

يحلف على السبب بالاجماع وذلك اي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعي مثل ان تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها اي لا يرى
نفقة العدة للمبتوتة او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها بان كان شافعيا لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وما
قيل في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه ايضا بجواز انه اشترى ولم يثبت له الشفعة بان سلم او سكت عن الطلب فقد القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما فكان
مراعاة جانب المدعي اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل
العارض كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي كذا في النهاية ومعراج الدراية وان كان سببا اي ان كان السبب ذلك سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب
بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه وجحد المولى فانه يحلف على السبب بالله ما اعتقه لانه لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود رقيقا
بعد الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد وما يمكن ذلك بالنسبة الى العبد المسلم لانه يقتل بالارتداد بخلاف
الامة والعبد الكافر حيث يحلف فيهما على الحاصل اي ما هي حرة او ما هو حر في الحال كذا في الكافي لانه يكرر الرق عليها اي على الامة بالردة واللحاق بدار الحرب
والسبي وعليه اي يكرر الرق على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق بدار الحرب والسبي ايضا ولا يكرر على العبد المسلم لما ذكرناه آنفا قال اي محمد رح في الجامع الصغير
في كتاب القضاء ومن ورث عبدا وادعاه آخر ولا بينة له يستحلف اي الوارث على علمه اي بالله ما يعلم ان هذا عبد المدعي لانه لا علم له اي للوارث بما صنع المورث
فلا يحلف على البتات اذ لو حلفناه عليه لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به كذا في الكافي وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات يعني ان من باع
عبدا اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اي المجوز لليمين على البتات اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل هذا
التعليل لا يقع الفرق بين الارث وغيره فان الارث ايضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فليحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قوله الشراء سبب لثبوت
الملك وضعا ان ذلك سبب يثبت الملك باختيار المشتري ومباشرته ولو لم يعلم ان العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء وكذا
الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشتري
والموهوب له بالبتات كذا في الشرح ثم اعلم ان هذا نوع آخر ايضا من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم او البتات وقال في النهاية في ذلك ان التحليف ان كان على
فعل نفسه يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل الى ليستقيم هذا ولا يدعى عليه رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الاباق فانه يحلف
على البتات مع ان الاباق فعل غيره قلنا المدعي يدعي عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره وانه فعل نفسه كذا في الكافي قال الامام الاستروشني في الفصول
من فصوله واما كيفية التحليف فنقول ان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين مني او غصبت هذا العين مني
على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق
هذا العين مني او غصب هذا العين مني يحلف على العلم وهذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلوائي هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون
بالعلم الا في الرد بالعيب يريد به ان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه وادعى انه ابق او سرق في يد البائع واراد تحليف
البائع يحلف على البتات بالله ما ابق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير وهذا لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع الى
ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوي يزيد على هذا الاصل حرفا وهو ان التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان
شيئا يتصل به فحينئذ يحلف على البتات فيخرج على هذا مسئلة الرد بالعيب لان ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على

قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه

فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال المشتري منى استأجرت منى فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها تقوم باثنين ففي مثله
يحلف على البتات وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذي يستحلف لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات الا يرى
ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجحد
الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف برئ المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له
علما بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له العلم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا في غاية البيان وذكر الامام اللامشي ان في كل موضع وجبت اليمين
على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا اذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم ولو نكل
يقضى عليه لان الحلف على البتات اقوى كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعي اخذا من النهاية ثم في كل موضع
وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات
يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه بحث اما اولا فلان قوله لا يقضى عليه
بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق ان يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات اولى والجواب المنع لجواز ان يكون
نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار واما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تأمل فانها اذا لم يجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل
الى هنا كلام ذلك القائل واقول بحثه الثاني متوجه في الظاهر ولكنه ليس مستقلا بايراده بل قد سبقه اليه بعض العلماء حيث ذكر في النهاية وقال فيه كلام
وهو ان الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال في فصوله ورأيت فيما كتبت من
نسخة المحيط في فصل المتفرقات من ادب القاضي منه في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلف القاضي على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم
لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلفه على البتات يسقط عنه الحلف لان البتات اقوى ولو نكل عنه يقضى عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى ان مراده
بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وان وجه الاشكال تو جيه ما ذكراه واما بحثه الاول وجوابه فمنظور فيهما اما البحث فلان اللازم من النكول عن الحلف على
العلم ان يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لان تحقيق النكول عن الحلف على البتات بالفعل الذي هو من اسباب القضاء هو الثاني دون الاول
كما لا يخفى واما الجواب فلانه لو علم يقينا كون تحلفه على العلم عديم الفائدة لما كان النكول عن اليمين في الحكم فالحكم ايضا ما ذكر ولا يجري الجواز المذكور هناك على انه لا وجه لقوله الآتي
حذرا من التكرار اذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه اي
افتدى الآخر عن يمينه او صالحه منها اي صالح الآخر المدعي من اليمين على عشرة دراهم مثلا فهو اي الافتداء او الصلح جائز فالافتداء قد يكون بمال مثل
المدعى وقد يكون بمال هو اقل من المدعى واما الصلح عن اليمين فانما يكون على مال اقل من المدعي في الغالب لان الصلح مبني عن الحطيطة وكذا اجمعهم
كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو اي الافتداء عن اليمين مأثور عن عثمان رضي الله عنه قال صاحب العناية ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه
ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني
فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف درهم فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال
المقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر رضي الله عنه لعثمان رضي الله عنه انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف [illegible]

وليس له ان يستحلف على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

قال واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه

فلما خرج المقداد قال عثمان رض لعمر رض انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رض عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رض وبه نقول انتهى وقال بعض الفضلاء فيه نظر لان المقداد اذا قضى اربعة آلاف كيف قال عثمان رض انها كانت سبعة آلاف ثم ان القصة ايضا ليست مما نحن بصدده اذ ليس فيها الا النكول لا الافتداء والصلح انتهى واقول نظيره ساقط فيه اما الاول فلان معنى قول عثمان رض انها كانت سبعة آلاف انها كانت في الاصل سبعة آلاف كما يرشد اليه لفظ كانت لان الباقية في ذمته الان سبعة آلاف ويكفي ان قضاء اربعة آلاف انما ينافي الاول دون الثاني فان قلت يشكل حينئذ قوله والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رض اذ الظاهر ح يكون في الايفاء نفسه دون مقدار اصل القرض كما ذكرت قلت المراد به انه كان يدعي الايفاء تمام الدين وهو اربعة آلاف على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول بل بقيت من الدين وهو اربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلثة آلاف فح يكون النزاع في الايفاء فرع النزاع في اصل مقدار القرض فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر وتخرج الجواب عما قاله الشافعي رح واما الثاني فلانه لم يدع احد ان القصة مما نحن بصدده بل صرحوا بان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا في هذه القصة ليصلح ان يتمسك به الشافعي رح دليلا على مذهبه وهو جواز رد اليمين على المدعي وان امكن الجواب عنه من قبلنا وانما كان مدعى عليه ومفتديا عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية والمقصود البنية على ان قول المص وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه انما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها وقد اشار اليه صاحب النهاية حيث قال اولا ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية ثم نقل هذه القصة فقال فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي واعلم ان صاحب النهاية قد اوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال قد اختلفت روايات الكتب في ان عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك او مدعيا ففي الفتاوى الظهيرية انه اذا ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر في الباب الاول من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي رح في مسئلة رد اليمين على المدعي ان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا فقال وحجته في رد اليمين على المدعي ما روي ان عثمان رض ادعى مالا على المقداد بين يدي عمر رضي الله عنه الى ان قال تحلف لي عثمان وذكر الامام المحبوبي تمام القصة فقال روي ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم ثم قضى اربعة آلاف درهم فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر رض لعثمان رض انصفك المقداد ليحلف انها كما تقول ويأخذها فلم يحلف عثمان رض فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله تعالى عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله ثم قال في المبسوط وتاويل حديث المقداد انه ادعى الايفاء على عثمان رض ونحو به نقول الى هنا كلام صاحب النهاية وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين اي ليس للمدعي ان يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها او صالح عنها على مال ابدا اي في وقت من الاوقات لانه اسقط حقه اي لان المدعي اسقط حقه في يمين المدعى عليه بالافتداء والصلح بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم فانه لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعتبرات

باب التحالف لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما اي المشتري ثمنا بان قال مثلا اشتريته بمائة وادعى البائع اكثر منه بان قال بعته بمائة وخمسين او اعترف البائع بقدر من المبيع بان قال مثلا المبيع كر من الحنطة وادعى المشتري اكثر منه بان قال هو كران من الحنطة والحاصل اذا وقع الاختلاف بينهما

وان اقام احدهما البينة قضى له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانهما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر

اي في قدر الثمن كما في الصورة الاولى او في قدر المبيع كما في الصورة الثانية فاقام احدهما البينة قضى له بها اي بالبينة لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لان البينة توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه عليه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات اي وضعت في الشرع للاثبات فكل ما كان اكثر اثباتا كان اولى ولا تعارض في الزيادة لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة من المعارض كذا في غاية البيان قال تاج الشريعة فان قلت البينة التي تثبت الاقل تنفي الزيادة لانها تثبت ان كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا فكانت الاولى اولى لما قامت بينة لا معارضة انتهى اقول جوابه هذا وان كان صحيحا في نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف رح فان المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة ومع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتامل ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها هذا العبد معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات فالجارية مع العبد جميعا للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور وقيل هذا قول ابي حنيفة رح آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر رح يقضي للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا لطير هذه المسئلة في الاجارات كذا في الشروح ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا اي في قدرهما على ما ذكرنا من صورة المسئلة واما اذا اختلفا في جنس الثمن واقاما البينة فالبينة من لا تفاق على قولكما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة لزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون بينة المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه اولى بالقبول ولانه يثبت ببينة الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي كذا في النهاية نقلا عن المبسوط اقول في التعليل الثاني بحث اما اولا فبالمعارضة فان المشتري يثبت ببينته الحق للبائع في مائة دينار والبائع ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي فينبغي ان تقبل بينة المشتري دون البائع واما ثانيا فبالنقض فانه لو تم هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده باقامة البينة ايضا اذ تنفي المشتري ايضا ببينته حق البائع بادعاء والبينات للاثبات لا للنفي مع ان المسئلة على انه اذا اقام احدهما البينة قضى له بها قطعا واما ثالثا فبالمنع فانا لا نسلم ان المشتري تنفي ببينته ما يثبته البائع من يثبت بها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار وليست هي ما يثبته البائع وهو كون حقه في العبد فان حصل بما يثبته المشتري نفي ما يثبته البائع فانما هو بالتبع والتضمن لا بالاصالة والقصد وذلك لا ينافي كون وضع البينات للاثبات دون النفي وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اي يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اي يقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود اي المقصود من شرع الاسباب قطع المنازعة ودفع الخصومة وهذا جهة فيه اي القول المذكور للبائع والمشتري جهة في قطع المنازعة لانهما لا يرضيان اي المتبايعان بالفسخ فاذا علما به اي بالفسخ يتراضيان اي يدعي كل واحد منهما اقول لقائل ان يقول كما ان ما ذكره جهة في قطع المنازعة كذلك عكسه جهة فيه بان يقال للبائع اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه المشتري والا فسخنا البيع وان يقال للمشتري اما ان تقبل ما اعترف البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بان يكلف مدعي الاقل بالرضى بالاكثر يمكن ايضا بعكسه وهو ان يكلف مدعي الاكثر بالرضى بالاقل فما الرجحان في اختيار الجهة المذكورة دون عكسها فتامل فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر قال صاحب النهاية في شرح قوله فان لم يتراضيا اي بان لم يعط كل واحد ما يدعي صاحبه انتهى اقول فيه قصور لان هذا لا يتصور الا في الصورة الثالثة من الصور الثلث المذكورة وهي ما اذا اختلفا

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره وكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه

في الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قد مر في الكتاب صورة الاختلاف في الثمن بان يدعي احدهما ثمنا ويدعي الآخر اكثر منه وصورة الاختلاف في المبيع بان يقر
قدرا من المبيع ويدعي الآخر اكثر منه فاذا على كل واحد صاحبه في هاتين الصورتين لم يتحالفا في شيء منهما اذ لا عند احد منهما ما يحلف ولا يخفى ان ما ذكره المص ههنا حكم عام للصور الثلث
جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام اي ان لم يتراض البائع والمشتري يعني لم يرض البائع بما ادعاه المشتري من المبيع
ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى اقول وفيه ايضا قصور لان هذا ايضا
لا يجري الا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلث كما لا يخفى على ذي مسكة فلا يناسب ما ذكره المص ههنا من الحكم العام للصور الثلث كلها واما سائر
الشراح فلم يتعرضوا ههنا للشرح والبيان فالحق عندي في شرح المقام ان يقال اي ان لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه
احدهما كما في الصورة الاولى والصورة الثانية او مما يدعيه كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر فيجري معنى الكلام
ويحوي التمام في كل صورة كما ترى قوله وهذا التحالف قبل القبض اي قبل قبض المشتري السلعة كذا في النهاية ومعراج الدراية على وفاق القياس لان البائع يدعي
زيادة الثمن والمشتري ينكره اي ينكر ما ادعاه البائع والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر فيحلف لان اليمين على المنكر بالحديث المشهور
واما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه اي
كان القياس ان يكتفي بحلفه فان قلت اذا لم يدع المشتري شيئا فيما بعد القبض ينبغي ان لا يقبل بينته في هذه الصورة اذا اقامها لان البينة لمدع مع انه
قال فيما قبل فان اقام احدهما البينة قضي له بها قلت المراد ان المشتري لا يدعي شيئا ادعاء معنويا فيما بعد القبض وهذا لا ينافي ان يكون المشتري مدعيا ادعاء صوريا
في هذه الصورة وبينة المدعي صورة تسمع على ما مر جوابه كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر لا يقال ان كان المشتري مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون
البائع منكرا لادعاء صورة فيصير التحالف ههنا ايضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل احد بتحليف المنكر الصوري بل انما اليمين ابدا على المنكر حقيقة
بخلاف المدعي الصوري فان البينة تسمع منه على ما ذكروا وذلك ان نقول في الجواب عن اصل السؤال ان المشتري لا يدعي شيئا فيما بعد القبض وقبول بينته
لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا اي قبول البينة من غير المدعي لدفع اليمين كثير من مسائل الفقه يعرفه من تتبع الكتب وهذا الوجه من الجواب الاول ما ذكره
حقاني شرح مراد المص من كلمة هذا المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر اقول بقي ههنا شيء وهو انه ان اراد المص بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس الاشارة الى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله
لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الركاكة لفظا ومعنى اما الاول فلان تلك الصورة ابعد الصور المذكورة فالمناسب
الاشارة اليها بلفظ البعيد لا القريب اما الثاني فلان الاصل المذكور اعني كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة
بل هو جار ايضا في صورة الاختلاف في المبيع فان المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن
من المبيع والمشتري ينكره وكل منهما منكر فيحلف واما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي على البائع شيئا لان الثمن سالم له بقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع
ينكره فيكتفي بحلفه ولقد افصح الامام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصورة حيث قال في التبيين وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين فظاهر وهو قياس لان كل واحد
فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى فاذا لم يكن الاصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الاشارة
اليها وجه وان اراد بها الاشارة الى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركاكة لفظا ومعنى ايضا اما الاول فلان لفظ هذا للتعيين حينئذ انما الموقع له لفظ

الكل لم يجدوا بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال ويبتدئ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا ورواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم ان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين قال في الزيادات

واما الكافي فلان الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ ليصير اخص من المدعى ثم اعلم ان صاحب الكافي وكثيرا من الثقات تركوا كلمة ايضا في بيان الاصل المذكور ولكنهم ذكروا العيني دليل تعة للقياس بعد القبض بالحبس بصورة الاختلاف في الثمن فقط ويمكن توجيه الكل بعناية فتأمل لكنا عرفناه بالنص استدراك من قوله فيكتفي بحلفه يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض ان يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف بالنص وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال صاحب العناية ولقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور اعتبارا ضاف فلا ترجيح انتهى اقول في الجواب عنه قد تقرر في كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص فحينئذ يكون هذا الحديث راجحا على المشهور لان الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعي ايضا فيما نحن فيه اما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعي مطلقا بل انما يدل عليه باشارته حيث يفهم من تقسيم الحجتين للخصمين او من جعل جنس الايمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو ان مرجوح قال اي القدوري في مختصره ويبتدئ اي القاضي بيمين المشتري قال المص وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا ورواية عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى وهو الصحيح احترازا عن القول الاول لابي يوسف رح كما سيجيء لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن فهو البادي بالانكار قال صاحب العناية هذا دليل على تقدم الانكار دون شدته ولعل المراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لان ما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر ان مدار ما ذكره المص على كون البادي اظلم لكونه منشأ للثاني ايضا فيكون اشد كما يكون اقدم ويجوز ايضا ان يكون مداره على ان المشتري لما كان مطالبا اولا بالثمن كان منكرا لشيئين اصل الوجوب ووجوب الاداء في الحال فكان اشد انكارا عند نهين المحلين بحيث الجبر او الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الاشد على الاقدم مع عدم ظهور العلاقة بينهما ولانه يتعجل فائدة النكول اي بالابتداء بيمين المشتري وهو اي فائدة النكول الزام الثمن فذكر الضمير الراجع الى الفائدة اما باعتبار الخبر وهو الزام الثمن او بتأويل الفائدة بالنفع ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لان تسليم المبيع يتأخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له امسك المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته اولى كذا في الكافي وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وفي جامع ابي الحسن انه رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح كذا في العناية وغيرها لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع وجه الاستدلال انه عليه الصلوة والسلام خصه بالذكر اي خص البائع بالذكر حيث قال فالقول ما قال البائع واقل فائدته اي فائدة التخصيص التقديم يعني انه عليه الصلوة والسلام جعل القول قول البائع وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه فاذا كان لا يكتفي بيمينه فلا اقل من ان يبدأ بيمينه وفي غاية البيان قال في شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا يشكل لقوله عليه السلام واليمين على من انكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى اقول فيه نظر لان قوله عليه السلام واليمين على من انكر كما انه دليل في حق المشتري دليل ايضا في حق البائع فانه قد مر ان كل واحد منهما ينكر في كل واحدة من الصور الثلث المذكورة فيما اذا اختلفا قبل القبض ولا فيما اذا اختلفا بعد القبض ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد القبض المنكر هو المشتري وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد القبض المنكر هو البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج تحت قوله عليه السلام واليمين على من انكر في اكثر الصور وعدم الاندراج تحته في بعض الصور فلا فرق بينهما في اشكال اليمين وعدم اشكالها وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور ثم ان هذا الذي ذكر من عدم لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح او يمين البائع على القول الآخر اذا كان البيع بيع عين بثمن وان كان بيع عين بعين وهو المسمى بالمقايضة او ثمن بثمن اي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف بدأ القاضي بيمين ايهما شاء من البائع والمشتري لاستوائهما اي في الانكار وفي فائدة النكول وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين كذا ذكره في الاصل وقال في الزيادات

ليحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح
الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل
على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل
بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق
دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما

يحلف اي البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا قال المص رح
والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت اي على النفي وضعت لا على الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية دل عليه حديث القسامة
بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وقال صاحب الغاية وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التاكيد انتهى اقول بل ينافيه لان وضع الايمان لما كان مقصورا على النفي كما يشير اليه
تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ويدل عليه كلام المص حيث قال على ذلك وضعت بتقديم على ذلك على وضعت دون تاخيره عنه على ما هو حق افادة القصر
وضعها على النفي المشار اليه بذلك لم يجز ادراج الاثبات في اليمين ولو بطريق التاكيد والا يلزم الظلم للمنكر بالزام الزائد على ما يجب عليه شرعا اذ لا شك ان الذي
يجب عليه شرعا ويكون حقا للمدعي انما هو الاتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الاثبات فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكره بعض الفضلاء
بصدد الجواب عن النظر المزبور بكلمات طويلة الذيل جلها بل كلها مدخول ومجروح تركنا ذكرها ههنا مخافة التطويل بلا طائل قال اي القدوري في مختصره فان حلفا
فسخ القاضي البيع بينهما اي ان طلبا او طلب احدهما كذا في الكافي والشروح قال المص وهذا اي الذي ذكره القدوري يدل على انه اي البيع لا ينفسخ بنفس
التحالف وقال في غاية البيان وبه صرح في كتاب الاستحلاف لابي حازم القاضي حيث قال اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى وقال
في الكافي وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول انتهى لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول اي يبقى بيع بثمن مجهول كذا في الكافي والكفاية اقول انما
في صورة كون الاختلاف في المبيع دون الثمن فالاولى ان يكون مراد المص اعم من ذلك اي يبقى بيع مجهول اما بجهالة المبيع فيما اختلفا في المبيع واما بجهالة
الثمن فيما اختلفا في الثمن واما بجهالة المبيع والثمن معا فيما اختلفا فيهما فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة بينهما او يقال اذا لم يثبت البدل للتعارض لم يبق البيع الا بيعا
بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع اي البيع الفاسد ههنا لم يفسخاه فلا بد ان يقوم القاضي مقامهما وفي المبسوط حل للمشتري وطء الجارية
اذا كانت المبيعة فلو فسد البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطؤها كذا في الشروح قال اي القدوري في مختصره وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه
اي الناكل جعل باذلا لصحة البذل في الاعواض فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته اي بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة اقول في تقرير المص
شيء وهو انه ساق الدليل على اصل ابي حنيفة رح فقط حيث قال جعل باذلا والنكول عندهما اقرار لا بذل كما مر فلا يتمشى ما ذكره على اصلهما مع ان مسئلتنا هذه اتفاقية
بين ائمتنا فكان الاحسن ان يقول لانه صار مقرا بما يدعيه الآخر او باذلا كما قاله صاحب الكافي والامام الزيلعي ثم اعلم ان الامام الزيلعي زاد في شرح هذا المقام من
الكنز قيدا آخر حيث قال فلزمه اذا اتصل به القضاء وقال وهو المراد بقول المص لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا اما على اعتبار
البذل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده انتهى قال اي القدوري في مختصره وان اختلفا في الاجل اي في اصله
او قدره كذا في الشروح او في شرط الخيار اي في اصله او قدره ايضا كذا في معراج الدراية وغاية البيان او في استيفاء بعض الثمن وكذا الحكم فيما اذا اختلفا في
استيفاء كل الثمن لكن لم يذكره المص لان ذلك مفروغ عنه باعتبار انه صار بمنزلة سائر الدعاوى كذا في النهاية ومعراج الدراية فلا تحالف بينهما عندنا وبه قال
احمد رح وقال زفر رح والشافعي رح ومالك يتحالفان ولو اختلفا في اصل البيع لم يتحالفا بالاجماع كذا في معراج الدراية ثم ان القول في مسائل الكتاب لمنكر الاجل ولمنكر
شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء وفي مسئلة الاختلاف في اصل البيع لمنكر العقد ذكر كلها ههنا في الكافي وسيجيء بعضها في الكتاب قال صاحب العناية واذا اختلفا
في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى وقال بعض الفضلاء وفيه بحث لانه قد يكون القول
قول المشتري اذا كان منكرا كما اذا كان مدعي الخيار هو البائع انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الغالب ان صاحب العناية سلك ههنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور

لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة

هذه الصورة قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة لان هذا اي الاختلاف في الاجل وشرط الخيار او استيفاء بعض الثمن اختلاف في غير المعقود عليه وهو المبيع والمعقود به وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف عرف بالنص والنص انما ورد في الاختلاف فيما يتم به العقد اذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن فكانه قيل اذا اختلف المتبايعان في المبيع او في الثمن يتحالفا فالاختلاف فيما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به هذا ما في الشرح والكافي هنا فاشبه الاختلاف في الحط اي في الحط من الثمن او الابراء اي الابراء عن الثمن ولا يتحالف في الاختلاف فيهما بل القول قول من انكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الامور المذكورة وهذا اي كون الاختلاف في الامور المذكورة اختلافا في غير المعقود عليه والمعقود به ويجوز ان يشار به الى الاقرب اي شبه الاختلاف في الامور المذكورة للاختلاف في الحط والابراء لان بانعدامه اي بانعدام ما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لا يختل ما به قوام العقد لان العقد بلا شرط واجل جائز فاذا اختلفا في الشرط او في الاجل وحلفا بقي العقد بلا شرط واجل مع انه لا يوجب الفساد واما اذا اختلفا في المثمن او الثمن وحلفا لم يثبت ما ادعاه احدهما فيبقى الثمن او المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد وجواب آخر وهو ان الاختلاف في الثمن او المثمن يوجب الاختلاف في العقد الا يرى انه لو اختلف الشاهدان فشهد احدهما بالبيع بالف درهم والآخر بالدنانير لا تقبل لانهما اختلفا في العقد فكان كل منهما مدعيا ومنكرا اما الاختلاف في الشرط والاجل فلا يوجب الاختلاف في العقد الا يرى انه لو شهد احدهما انه باعه بالف الى شهر وشهد الآخر انه باعه بالف يقضي بالعقد بالف حالة وكذا لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلاثة ايام وشهد الآخر انه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة كذا في النهاية نقلا عن جامع الامام قاضيخان بخلاف الاختلاف في وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما بمنزلة الاختلاف في القدر اي في قدر الثمن في جريان التحالف لان ذلك اي الاختلاف في وصف الثمن يرجع الى نفس الثمن اي الى الاختلاف في نفس الثمن فان الثمن دين وهو اي الدين يعرف بالوصف فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافا في المعرف وهو الثمن ولا كذلك الاجل اي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن لانه اي الاجل ليس بوصف بل هو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط نور بقوله الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه اي بعد مضي الاجل ولو كان وصفا لتبعه كذا في الكافي قال في معراج الدراية كذا قيل وفيه نوع تامل انتهى قال اي القدوري في مختصره والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما اي الخيار والاجل يثبتان بعارض الشرط اي بشرط عارض على اصل العقد والقول لمنكر العوارض والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا كذا في العناية قال اي القدوري في مختصره فان هلك المبيع ثم اختلفا اي فان هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري اي مع يمينه وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اي على هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه اي ملك المشتري او صار اي المبيع بحال لا يقدر اي المشتري على رده بالعيب بحدوث عيب في يده لهما اي لمحمد رح والشافعي رح ان كل واحد منهما اي من البائع والمشتري يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فان البيع بالف غير البيع بالفين الا يرى ان شاهدي البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة وانه لتفيد دفع زيادة الثمن اعلم ان حل هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب ولهذا كان للشراح ههنا طرائق قددا ولم يات احد منهم بما يشفي العليل فقال صاحب النهاية اي وان التحالف لتفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف فان فائدة اليمين النكول وهذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ما فائدة التحليف على قول محمد رح بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك كذا قاله

وابي يوسف ره والقول قول المشتري وقال محمد ره يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج
عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن

في التحالف فاجاب عنه وقال بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي تدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان فان قيل هذا يحصل بتحليف
المشتري حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري فان المشتري اذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع والبائع اذا نكل
يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة ففيه التحالف الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في اكثر المحال اقول فيه بحث اما
اولا فلانه جعل الدفع الواقع في كلام المصنف بالاعطاء على ان يكون من دفع اليه لا من دفع عنه حيث قال اي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي
يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المصنف ان فائدة التحالف عند محمد رح هي اعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول
المشتري اتجه عليه السوال الذي ذكره بقوله فان قيل بالضرورة ولم يدفعه ما ذكره جوابا عنه اصلا لانه ان اراد انه لا يحصل تمام الفائدة التي حمل عليه مراد المصنف
ههنا بتحليف المشتري فليس بصحيح اذ لا شك انه اذا حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاؤه زيادة الثمن التي يدعيها البائع وان اراد انه
لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بحلف المشتري فلا يفيد شيئا في دفع السوال لان مورده ما حمل عليه مراد المصنف ههنا واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله في الجواب
والبائع اذا نكل الخ انه اذا نكل بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح اذ قد تقرر فيما مر انه اذا نكل احد المتعاقدين
عن اليمين لزمه دعوى الآخر فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله وان اراد به انه اذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن المشتري
ما ادعى البائع عليه من الزيادة يتجه عليه ان في هذه الصورة يندفع عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تأثير فيه لنكول البائع وايضا يتجه على مجموع الجواب ان الامر
الثاني وهو اندفاع الزيادة عن المشتري يحصل بتحليف المشتري ان حلف كما ان الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على المشتري يحصل بتحليفه ان نكل
فتمام الفائدة الذي ذكره وهو احد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم يظهر فائدة تحليف البائع قط وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعني ان
التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى اقول فيه ايضا بحث لانهما حملا الدفع الواقع في كلام المصنف على معنى
المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على ما ذهبا اليه ان نكول البائع انما يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله
لما مر انفا وعند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة اعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك وقال صاحب العناية وان
يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن بمعنى ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة
المدعاة فكان مفيدا انتهى اقول وفيه ايضا بحث لانه جعل الدفع الواقع في كلام المصنف من دفع عنه كما ترى فالظاهر ان قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن
المشتري وان مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري لان الذي يقتضي دفع زيادة الثمن عن المشتري انما هو نكول البائع واما نكول المشتري فيقتضي
دفعه زيادة الثمن بمعنى اعطائه اياها فاذن يؤول قوله ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول الى ما ذكره صاحب الكفاية
وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد عليه وعلى ذلك يزداد اشكال قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة كان مدلوله ان يكون اندفاع الزيادة المدعاة
بحلف البائع ومدلول قوله السابق ان يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم ان يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد فان قلت يجوز ان يكون
معنى قوله اللاحق واذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بان يفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله السابق اذا نكل البائع يندفع
الزيادة المدعاة عن المشتري بان يقضي بما ادعاه المشتري وهو اقل الثمنين لا بان يفسخ البيع على قيمة الهالك فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين
وهو كاف قلت لا يتعين ان يكون قيمة الهالك انقص مما ادعاه البائع بل يجوز ان يكون مساوية له بل ازيد منه فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع

فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود

الزيادة المدعاة فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما ذكر فان قيل يجوز ان تكون كلمة حلف في قوله واذا احلف البائع الخ على صيغة المبني للمفعول من تفعيل ان تكون المعنى واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة اي بنكول البائع لا بتحليفه فلا يأباه المحمل المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله قلنا فح يلزم ان يستدرك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية ههنا فقال في تفسير قوله بالنكول اي بنكول المشتري لليمين وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن ثم قال في تفسير قوله واذا احلف البائع يعني بعد حلف المشتري فحال فان قيل اندفع زيادة الثمن المدعاة بحلف المشتري ليس الا قلنا اذا احلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى اقول جملة ما ذكره ليس بشيء اما تفسير قوله بالنكول بنكول المشتري وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلانه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول اصلا لانه ان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة اي الثابتة في الواقع بنكول المشتري فلا وجه له لان زيادة الثمن ان تثبت في الواقع تثبت بالعقد لا غير وان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابتة في علم القاضي بنكول المشتري فلا صحة له لان زيادة الثمن اذا ثبتت في علم القاضي بنكول المشتري يجب على المشتري فكيف يدفعها التحالف عنه بل لا يتصور التحالف عند نكول المشتري اصلا على ما عرفته واما قوله يعني بعد حلف المشتري فلغو لان حلف المشتري الذي ذكره بقوله فان قيل الخ علم بما جوابه عن السؤال المسئول عنه بما ذكره الفاضل انه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز ان يكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة او ازيد منها وقال صاحب العناية قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي ان دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى اقول وفيه ايضا بحث لان دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاعطاء او معنى المنع وانما الذي يفيد دفعها بينة المشتري او حلفه ان كان المراد بالدفع معنى المنع ونكوله ان كان المراد به معنى الاعطاء على ان الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان فائدة تحليفه فقط فلو كان مراد المص ما ذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الافهام قوله فيتحالفان هذا نتيجة الدليل المذكور كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة بان ادعى احدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فانهما يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه يسلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به اي بالتحالف في حال قيام السلعة وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة فان قيل فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال قيام السلعة يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها اي بعد هلاك السلعة لارتفاع العقد اي بالهلاك الا يرى انه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد فلم يكن في معناه اي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فبطل الالحاق ايضا ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود هذا جواب عن قول محمد والشافعي رح ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره اي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو او ما زعم البائع فلغا ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما في الالف والالفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكره والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكره وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وههنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وقال صاحب العناية في تقريره قوله ولانه لا يبالي الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة اي سلمنا ذلك لكن لا نسلم انه فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وصح

وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا تحالفا لان المبيع فى احد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند ابى حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند ابى حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحى ولا شئ له من قيمة الهالك وقال ابو يوسف رح يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى

على البائع فيستحلف لمن يجب عليه اليمين ثم قال وتوضيح بحال قيام السلعة واذا اختلفا بعد هلاكها فوجب فان فى كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود اجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثانى بانه على الاختلاف والمذكور فى بعض الكتب قول محمد رح انتهى وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن من موجباته هذا ايضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعنى ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه هذا زبدة ما فى الشروح واعترض عليه بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غايته انه يملك بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى اقول مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم المراد ملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه اياه وليس المراد به ذلك قطعا اذ لا شك ان الذى من موجبات العقد هو ملك المشترى المبيع وقبضه اياه واما ملك البائع المبيع وقبضه اياه فمن موجبات الفسخ دون العقد وهذا مما لا سترة به ثم ان قوله غايته انه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب بان قال فيه تأمل فانه قبل القبض على وفاق القياس انتهى اقول لم يعتبر التراد فائدة للتحالف الا بعد القبض اذ التراد انما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعا للنظر المذكور نعم لقائل ان يقول الظاهر ان للتحالف قبل القبض فائدة فاى شئ اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة لان موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وهذا اى فهذا الذى ذكرناه من انتفاء التحالف عند صورة هلاك المبيع اذا كان الثمن دينا اى ثابتا فى الذمة بان كان من الدراهم والدنانير او الكيليات او الموزونات الموصوفة الثابتة فى الذمة فان كان عينا اى فان كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين تحالفا اى بالاتفاق لان المبيع فى احد الجانبين قائم اذ كل من العوضين مبيع فى المقايضة بيع بثمن لا يتعين احدهما للمبيعية بدخول الباء كما تقرر فى كتاب البيوع فتوفر فائدة الفسخ وهو التراد فيرد القائم ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل ثم اذا اختلفا فى قدر البدل او اختلفا فى كون البدل دينا او عينا ان ادعى المشترى انه كان عينا تحالفا عندهما وان ادعى البائع انه كان عينا وادعى المشترى انه كان دينا لا يتحالفان فالقول قول المشترى كذا فى الكفاية قال اى القدورى فى مختصره وان هلك احد العبدين اى بعد قبضهما كذا فى الشروح ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند ابى حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك يعنى اذا باع الرجل عبدين بصفقة واحدة وقبضهما المشترى فهلك احدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفى درهم وقال المشترى اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابى حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفى الجامع الصغير القول قول المشترى اى فيهما كذا فى كثير من الشروح مع يمينه عند ابى حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا شئ له وانما اعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظه يقتضى ان يكون المستثنى منه يمين المشترى ولفظ القدورى الذى هو لفظ المبسوط يقتضى ان يكون المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا وقال ابو يوسف رح يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى قال صاحب العناية وقوله فى تحرير المذهب يتحالفان فى الحى ليس بتام على ما سيأتى انتهى اقول يعنى ان قوله ههنا يتحالفان فى الحى ليس بملائم بالتفسير الصحيح للتحالف على قول ابى يوسف رح على ما سيأتى وهو ان يتحالفا على القائم والهالك معا لان يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم لكن فيه نظر اذ يمكن تطبيق قوله على ما سيأتى من التفسير الصحيح فانه لم يقل ههنا يتحالفان على الحى حتى يكون كلمة على صلة التحالف فيؤول الحى الى التفسير الغير الصحيح بل قال يتحالفان فى الحى فيجوز ان يكون كلمة فى بمعنى اللام وليصير المعنى يتحالفان لاجل الحى كما فى قوله تعالى فذلكن الذى لمتننى فيه وكما فى الحديث ان امرأة دخلت النار فى هرة حبستها الى انفس عليه فى معنى التعليل ولا يخفى ان كون تحالفهما لاجل الحى اى كون المقصود من تحالفهما

والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى ولأبي يوسف رحمه الله أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولأبي حنيفة رحمه الله أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا وقالوا إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري

فسخ العقد في الحي لا ينافي أن يتحالفا على الحي والميت معا كما هو الصحيح لتقييد التحالف على ما سيأتي بيانه والقول قول المشتري في قيمة الهالك هذا من تتمة قول أبي يوسف أقول في عبارة الكتاب هاهنا قصور لأن قول المشتري إنما يعتبر في حصة الهالك من الثمن الذي أقر به المشتري كما يجيء تفصيلا لا في قيمة الهالك فإن القول فيها للبائع كما صرح به بعض الشراح حيث قال فإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى ومن هذا قال صاحب الكافي وقال أبو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحي وينفسخ العقد في الحي والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما أي على الحي والهالك ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى قال صاحب العناية والجواب أن هلاك البعض يخرج إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك يجهل في المقسم عليه فالحجر انتهى ورد عليه بأن المقسم عليه عند محمد رحمه الله ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه ولأبي يوسف رحمه الله أن امتناع التحالف للهالك أي لأجل الهالك فيتقدر بقدره أي يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لأن الحكم لا يزيد على العلة ولأبي حنيفة رحمه الله أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة يعني أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي أي السلعة اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها لانعدام الكل بانعدام جزئه وما يثبت على خلاف القياس لا يتعدى إلى الغير فيحصل من هذا الدليل نفي القياس مع الجواب عن قول محمد رحمه الله كما لا يخفى ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن لا بد من القسمة أي باعتبار القيمة كما سيأتي وهي أي القسمة تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة بتمامها فحصل من هذا الدليل نفي الدلالة والجواب عن قول أبي يوسف رحمه الله كما ترى فإن قلت ما الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبين مسألة الإجارة فيما إذا أقام القصار بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة ففي حصة ما أقام من العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع اعتبارا للبعض بالكل وجعلا استيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع وفيه التحالف عند أبي حنيفة رحمه الله أيضا دون هلاك بعض المبيع قلت الفرق بينهما من حيث أن عقد البيع في العبدين عقد واحد فإذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك تعذر في الباقي وأما عقد الإجارة ففي حكم عقود متفرقة يتجدد انعقاده بحسب ما يقيم من العمل فإن تعذر فسخه في البعض لا يتعذر فسخه في الباقي كذا في الشروح ونقله صاحب النهاية عن إجارات المبسوط أقول لقائل أن يقول هذا الفرق إنما يمشي بالنظر إلى الدليل الأول وأما بالنظر إلى الدليل الثاني فلا لأن عقد الإجارة وإن كان في حكم عقود متفرقة إلا أنه في الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه أجرة معلومة فلا بد من القسمة وهي بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل تعيينا كما في عقد البيع فينبغي أن لا يجوز أيضا إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا أي بالكلية لأنه حينئذ أي حين أن يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان أي إذا كان الأمر كذلك فيتحالفان وهذا أي توجيه قوله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر تخريج بعض المشايخ أي عامتهم ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف لأنه هو المذكور في الكلام فكان تقدير الكلام لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان كما ذكرنا وأراد به قوله فيتحالفان وقالوا أي قال هؤلاء المشايخ إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا أقول كان الظاهر في التحرير من حيث العربية أن يعني أن تركنا قوله معناه من البين ويقال إن قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا ووجه الظهور ظاهر وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبي حنيفة وهو القول قول المشتري مع يمينه إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا زائدا على ما أقر به المشتري فحينئذ لا يمين على المشتري لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري قال صاحب النهاية [illegible] القسم الحي لم يكن طريق الصلح [illegible] انتهى وقال العبد الضعيف

ثم تفسير التحالف ما ذكرنا فيهما بيانا في القائم اذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك اختلفا في تفسيره على قول ابي يوسف رح والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض

فيه ان الحلف يكون معلقا بمشيتهما البتة وانما الذي لا يتعلق بمشية المشتري اخذه الاقرب من شيء الهالك انتهى اقول هذا ليس بشيء لانه يقول ان الحلف يكون معلقا بمشيتهما البتة انه كان في الكتاب معلقا بمشيتهما البتة فليس بصحيح لان المذكور في الكتاب الا ان يشاء البائع ان يأخذه اي فلا شيء له والتعليق فيه انما هو الا بمشية البائع وانما اراد انه يكون في الصلح معلقا بمشيتهما البتة فمن يفسد الاصلاح هو موكل لما قال الشيخ الاسلام فان مراده ان الحلف لو كان في الصلح كان معلقا في كتب بمشيتهما كما يكون في الصلح متعلقا بمشيتهما البتة فلم يعلق فيه الا بمشية البائع ثم تفسير التحالف على قول محمد رح ما بيناه في القائم اي في البيع القائم بلا هلاك وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ وانما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف اذا حلفا لم يتفقا على شيء كان الاحسن في التحرير ان يقول واذا لم يتفقا على شيء حلفا بتقديم لم يتفقا على شيء على حلفا في الوضع ليقدم عليه في الشرع فادعى احدهما الفسخ او كلاهما او شيء كذا يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو منكر فيكون القول قوله كما لو اختلفا في قيمة المغصوب او المقبوض بعقد فاسد كذا في الشروح واختلفوا في تفسيره اي في تفسير التحالف على قول ابي يوسف رحمه الله قال في النهاية وانما لم يذكر تفسير التحالف على قول ابي حنيفة رح لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل اقول فيه شيء وهو ان هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل الا اذا رضي البائع ان يترك حصة الهالك اصلا يتحالفان عنده ايضا على تخريج عامة المشائخ وقد نص المصنف على هذا التخريج حيث بنى عليه شرح متن الكتاب الا ان الكلام انما كان لكثرة تفسير التحالف على قول محمد رح وعلى قول ابي يوسف رح وقال وعند ابي حنيفة رح ايضا كما سيأتي وعن هذا قال الامام الزيلعي بعد ان ذكر التفسير انه على قول محمد رح وعلى قول ابي يوسف رح قال وعند ابي حنيفة رح ان البائع اذا رضي ان يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لابي يوسف رح انتهى وقال في غاية البيان لما كان قول ابي حنيفة رح عدم وجوب التحالف استغنى عن ذكر تفسيره على قوله انتهى اقول هذا اقرب الى الحق مما سبق ولكن فيه ايضا شيء لا يخفى فالاولى ان يقال لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول ابي حنيفة رح خصوصا بتخريج بعض المشائخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال بل اكتفى بما فهم من بيان تفسيره على قول ابي يوسف رح والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع ومنهم من قال يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والعقد ينفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف فالصحيح ان يحلف المشتري على الوجه المذكور في الكتاب فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم فان قلت اسند فسخ العقد ههنا اليهما كما ترى وفيما سبق الى القاضي حيث قال وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما فما التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضي ان لم يفسخا بانفسهما يرشد اليه ما قال الشراح ذكر القاضي في شرح ذلك المقام فسخ القاضي العقد بينهما ان طلبا او طلب احدهما لان الفسخ حق ابانه من الطالب انتهى ولا يخفى ان الفسخ اذا كان حقهما فهما يقدران على احداثه بانفسهما ومعنى ما ذكره ههنا يفسخان العقد ان لم ينفسخ بانفسهما حتى ينفسخ بقضاء القاضي وهذا لا ينافي ان يفسخه القاضي ايضا فيما اذا لم يفسخاه بانفسهما بل طلباه او طلبه احدهما من القاضي وسيأتي التصريح من الشراح في مسألة التحالف في الاجارة حيث فسخ القاضي او فسخاها بانفسهما ويسقط حصته اي حصة القائم من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري لا يلزمه قيمة الهالك لان بهذا ... انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده كذا في العناية ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض يعني تقسيم الثمن الذي اقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قيمتهما يوم القبض فان كانت قيمتهما يوم القبض على السواء يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه نصف ذلك وان تفاوتت قيمتهما

وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكر والقول

يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك الثمن يوم القبض كانت كذا يجب على المشتري ايضا حصته من الثمن الذي اقر به ويسقط عنه الباقي فان
الثمن ان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع مع يمينه لانهما اتفقا
وجوب الثمن الذي اقر به المشتري ثم المشتري يدعي حط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لماذا اعتبر قيمتهما يوم القبض دون يوم
العقد في حق انقسام الثمن ومسائل الزيادات تدل على هذا حتى قال محمد رح قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة
بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل ما صار مقصودا من المبيع صار مقصودا بالعقد يجب اعتبار قيمته يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال لم
ارد له على كل قوم تحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي يختلج بالبال بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن فيه
تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اي الذي هو مثبت انفساخه وكذلك في الميت منهما لان تعذر الفسخ في الهالك لكن الهالك لم يعتبر اعتباره بل هو محل الفسخ في الهالك وجه
اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ لما هو مذهب محمد رح حتى قال يغرم المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار
قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في التوجيه الذي ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار
مقصودا بالعقد في حق الميت على قول ابي يوسف رح ممنوع لان ما يوجب ذلك فيما نحن فيه انما هو التحالف كما صرح به والتحالف انما يجري عنده في الحي دون
الميت والفسخ في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف الا يرى ان عندهما لما امتنع التحالف على
الهالك امتنع الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعا من تحقق التحالف في الهالك على قول ابي يوسف رح وتحقق الفسخ فيه ايضا فما الباعث على اعتبار
ما هو من لوازم الفسخ فيه وعدم تحققه اعتباره لا يقتضي اعتباره فيما لم يتحقق المقتضي اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد ثم ان صاحب العناية قال
بعد نقل ما في تلك الشروح واقول الاصل فيما كان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه
لما انفسخ العقد بقي مقبوضا على جهة الضمان فيعتبر قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد منفسخا
في الهالك ايضا لان الصفقة غير منفسخة نظرا الى وجوب الثمن وهو ما لا يتجزأ في حق الحكم فانفسخ في الكل لانه لو انفساخ بالقسمة على قيمته يوم القبض نظرا الى انفساخ
اقول فيه نظر لان فيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد منفسخا في الهالك ايضا لان تمام الصفقة انما يقتضي انفساخ العقد في الكل
بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما لان الصفقة انما تتم بالقبض واما اذا وقع الفسخ بعد قبضهما فلا الا ترى الى ما ذكر في باب خيار العيب من
ان من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فانه يفسخ العقد في المعيب خاصة عند ائمتنا الثلاثة بناء على ان تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض
جائز والمسألة فيما نحن فيه مفروضة فيما اذا هلك احد العبدين بعد قبضهما كما تبين في تصوير المسألة فلا يتم التقريب فاما اذا اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة
وان اقاما فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فيجب ان تقبل بينته لاثباتها الزيادة قلنا ان
وقع الاختلاف فيه مقصودا في قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك فبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت
اولى بالاعتبار كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المرغيناني قوله وهذا قياس ما ذكر من قول ابي يوسف رح وتقريره قياس ما ذكره في بيوع الاصل من

اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما اي يوم القبض كذا في النهاية فان
اختلفا في قيمة الهالك اي في مسألة الاصل فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول

المنكر وان اقاما البينة فالبينة بينة البائع ايضا لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة المبيع وهذا لان الايمان يحتمل الحقيقة لانه تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الامر عليها والبائع منكر حقيقة ولهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قبل

قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا

المنكر وان اقاما البينة اي في مسألة الاصل فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا باعتبار الاثبات الزيادة في قيمة المبيع والبينات شرعت للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى قال المصنف وهذا الفقه اي اعتبار بينة البائع ويمينه لمعنى فقهي وهو ان الايمان يعتبر الحقيقة اي حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على الحلف كاذبا وهو مستلزم الاثم ولهذا قال اي الايمان يتوجه على احد العاقدين اي لا على الوكيل النائب وهما اي المتعاقدان يعرفان حقيقة الحال لان العقد فعل انفسهما والانسان اعرف بحال نفسه فبني الامر عليها اي على الحقيقة والبائع منكر حقيقة لانه ينكر سقوط الزيادة وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال لانهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل انفسهما فيجوز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما شهدا به بان استرد الزيادة او عينه او غير ذلك فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا اي كما تقبل بينة المشتري وتترجح اي وتترجح بينته على بينة المشتري بالزيادة الظاهرة على ما مر وهو قوله لانها اكثر اثباتا ظاهرا وهذا اي ما ذكر في جميع الاصل يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رحمه الله في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة الجامع الصغير قال اي محمد رحمه الله في بيوع الجامع الصغير ومن اشترى جارية وقبضها اي ونقد ثمنها كذا في الشروح وفي اصل الجامع الصغير ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة كذا في الشروح وسيشير اليه بقوله والمسألة مفروضة قبل القبض ثم اختلفا في الثمن فقال المشتري كان الثمن الفا فعليك ان ترد الالف وقال البائع كان خمسمائة فعلي خمسمائة فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة معناه وعود البيع الاول انما ينفسخ الاقالة اي الفسخ انما هو اذا فسخا بانفسهما الاقالة لان الاقالة كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن صدر الاسلام ولما استشعر ان يقال النص الوارد في حق التحالف وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا ما ورد في الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف فيه اي في الاقالة بالنص لانه ورد في البيع المطلق اي في البيع من كل وجه والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وان كان بيعا جديدا في حق غيرهما فكانت قوله والاقالة فسخ في حق المتعاقدين متمشيا على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي يوسف رحمه الله فان الاقالة عنده بيع في حق المتعاقدين ايضا والمسألة التي نحن فيها متفق عليها اي الاقالة فيها مبنية على مسائل متفق عليها فوجب حمل ما ذكره على ما ذكرنا ولا يكاد يتمشى على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي يوسف رحمه الله كما لا يخفى فيمشي الجواب ايضا على اصلهما ولهذا قال وانما اثبتناه بالقياس لان المسألة مفروضة قبل القبض اي قبل قبض البائع الجارية بحكم الاقالة والقياس يوافقه على ما مر في اول الباب ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض توضيح لقوله وانما اثبتناه بالقياس يعني اذا اختلف الموجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة يجري التحالف بينهما والوارث على العاقد اي نقيس الوارث على العاقد يعني اذا اختلف ورثة البائع والمشتري في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما والقيمة على العين اي نقيس القيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيع في يد البائع فضمن القيمة فاست القيمة مقام العين المستهلك فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند قيام العين المشتراة لكون النص في ذلك معقول المعنى وفي نهاية البيان ثم هو اي ما في النسخة المقابلة بنسخة المصنف وفي بعض النسخ فيما اذا استهلك المشتري وفي بعضها فيما اذا استهلك المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخاري على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشتري انتهى وفي معراج الدراية الصواب انه استهلكه في يد البائع غير المشتري وعليه الكتابة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف او الصواب استهلك المشتري بلفظ الشارح مع بقية بناء المفعول المشتري على صيغة المفعول انتهى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا يعني ان محمدا رحمه الله يرى ان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا معلولا بوجوب الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد وبهذا المعنى لا تفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض قال صاحب العناية فان قيل الاقالة بيع عند ابي يوسف رحمه الله فيكون متناول النص فينبغي ان يجري التحالف عنده بعد قبض البائع ايضا قلنا لما وقع الخلاف في كونه بيعا لا يتناوله النص

قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته

في البيع المطلق المستفاد انتهى اقول جوابه ساقط جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع الخلاف في كون الاقالة بيعا انما عنده عن ان يثبت ولما النص الوارد في البيع المطلق في حق حكم التحالف وكان ذلك مانعا عنده عن ان يثبت وهما النصوص الواردة في حق سائر الاحكام البيع المطلق ايضا مع ان احكام البيع المطلق جارية باسرها في الاقالة عنده على ما تقرر في بابها ثم اقول في دفع سؤاله ان اصل ابي يوسف رح في الاقالة وان كان انها بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا كالاقالة قبل القبض في المنقول تجعل فسخا كما بين في باب الاقالة وفيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت قول احدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعلها بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد في البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده ايضا لا بالنص ولا بالقياس قال اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن اي في راس المال فقال المسلم اليه كان راس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة فالقول قول المسلم اليه اي مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر ولا يعود السلم اي لا يتحالفان ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض اي الفسخ يعني ان المقصود من التحالف الفسخ واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلوة والسلام تحالفا وترادا والاقالة في باب السلم لا تحتمله لانه اي الاقالة في باب السلم وذكر الضمير بتاويل التقايل اسقاط للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ ويعود المبيع الى المشتري بعد عوده الى البائع لكونه عينا قائما ونور هذا بقوله الا يرى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب اي نقضه القاضي بالرد بالعيب على رب السلم وهلك اي في يد المسلم اليه قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل اي دل هذا المذكور على الفرق بينهما اي بين السلم والبيع فان قيل بالفرق لمحمد رح بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فانهما يتحالفان عنده اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان في اقالة السلم اذا اختلفا في مقدار راس المال مع ان فوات المعقود عليه في الفصلين جميعا فانما الاقالة في السلم قبض من المسلم فيه وليس من كل واحد من المتحالفين بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته قال المصنف في تعليله لانه نور دعواه بالحجة قال الشراح اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها انتهى وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة هذا من تمام كلام القدوري قال المصنف في تعليله لانها اي لان بينة المرأة تثبت الزيادة وقال في توجيهه معناه اذا كان مهر مثلها اي مهر مثل المرأة اقل مما ادعته وقال صاحب العناية في تفصيل المسئلة وان اقاما البينة فاما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينة لها لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى اقول في تحريره خلل حيث حكم في الاول على الاطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك بل الاول ايضا لا يخلو من ان يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه ومن ان يكون اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فيتعارض بينتهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحط فتتهاتران فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتبرة حتى المتون في باب المهر وصرح به صاحب العناية ايضا في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب واما قول المصنف معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته فليس عنه للثاني من المثل اذ يمكن ان يكون مراده بيحمد الاحتراز عما اذا كان اكثر مما ادعته لا التعميم لقسمي كون مهر مثلها اقل مما ادعته بخلاف تحرير صاحب العناية فان عبارة لا يخلو في قوله فاما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا تقتضي شمول الاقسام كما لا يخفى على ذوي الافهام ولقد احسن الامام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فللمرأة هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت اولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما ادعته المرأة

وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف

او اذا كانت بينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها ما ادعته او اكثر او كان اقل مما ادعته المرأة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما تتهاتران لانهما استويا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون احدهما اولى من الاخرى انتهى وان لم تكن لهما بينة اي ان عجزا عن اقامة البينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه اي في النكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده لبقائه بيعا بلا ثمن وهو فاسد على ما مر اي في كتاب البيوع بل في هذا الباب ايضا حيث قال او قال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد فيفسخ اي البيع قال صاحب النهاية فان قلت النص بشرعية التحالف انما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهو ثابت فكيف تعدي حكم النص من البيع الى النكاح او نقول ان التحالف انما شرع في عقد يحتمل الفسخ لما ان الفسخ من احكام التحالف ولا فسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب ان لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه قلت اما الاول فهو وان ورد النص في البيع قلنا ان المعنى الموجب للتحالف هناك موجود ههنا من كل وجه فيثبت التحالف في النكاح ايضا بدلالة النص وذلك لان الموجب للتحالف هناك هو ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يمكن ترجيح احدهما على الآخر في الدعوى والانكار لتساويهما فيها فلذلك قبلت بينتهما ويمينهما لان كل واحد فيهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه كما قال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر واما الثاني وهو ان الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت ههنا فجوابه مذكور في الكتاب في ايضاح ذلك هو ان التحالف اثره الفسخ في التحالف لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم اخلاء العقد عن البدل والبدل اذا خلا في البيع افسد البيع والفاسد يفسخ واما النكاح اذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية واذا لم يفسد النكاح لا يفسخ اذ الفسخ انما كان بسبب الفساد فافترقا الى هنا اشار في الفوائد الظهيرية انتهى وقد اقتفى اثره في هذين السؤال وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول في كل واحد من الجوابين بحث اما في الاول فلان المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان ترجيح احدهما على الآخر انما يوجد ههنا قبل تسليم المرأة نفسها الى الزوج واما بعد التسليم فلا يوجد لان الزوج لا يدعي على المرأة حينئذ شيئا اذ المعقود عليه سالم له بقي دعوى المرأة في زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر في الاختلاف في البيع بعد القبض والمسألة فيما نحن ليست بمفروضة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده بل كانت هي مصورة في بعض الشروح بصورة تختص بما بعد القبض فبقي السؤال في هذه الصورة الا على قول محمد رح فانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا كما مر واما في الثاني فلان حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ في النكاح وهو لا يدفع السؤال اذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع او التردد في عدم ثبوت الفسخ في النكاح بل حاصله ان التحالف انما شرع لحكمة هي الفسخ فاذا لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي ان لا يجري فيه التحالف ايضا ويؤيده ان التحالف لم يجر فيما اذا اختلفا في الاقالة في السلم لعدم احتمال الاقالة في باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسئلتنا هذه فتأمل ولكن يحكم مهر المثل هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان اي مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل اي مما اعترف به الزوج قضي بما قال الزوج لان الظاهر اي ظاهر الحال شاهد له اما في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر واما في صورة كون مهر المثل اقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله اقرب الى مهر المثل من قولها وان كان اي مهر المثل مثل ما ادعته المرأة او اكثر اي مما ادعته المرأة قضي بما ادعته المرأة لان الظاهر شاهد لها بمثل ما بيناه آنفا وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل اي بسبب حلف الزوج ولا الحط عنه اي بسبب حلف المرأة قال اي المصنف رضي الله عنه ذكر اي القدوري التحالف اولا ثم التحكيم وهذا اي ما ذكره القدوري قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها بالتحالف اي سقوط اعتبار التسمية

فلما ذكرنا في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها عينها دون قيمتها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل

انما هو بالتحالف فلما ذكرنا اي التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمينين عليه كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفتاوى الظهيرية كما في المشتري اي كما يبدأ بيمين المشتري على القول الصحيح تعجيلا لفائدة النكول كما مر وتخريج الرازي بخلافه اي تخريج ابي بكر الرازي بخلاف قول الكرخي فان الرازي يقول بتحكيم مهر المثل اولا فاذا شهد مهر المثل لاحدهما قضى له ثم القول بالتحالف اذا لم يشهد لاحدهما كما قال المصنف وقد استقصيناه اي تخريج الرازي في النكاح اي في كتاب النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج الا ان يأتي بشيء قليل في العادة اي الا ان يأتي بشيء مستنكر بحكم العادة في تسمية مثلها مهرا لها في كتاب النكاح فلا نعيده اي لا نعيد ذكره فلا نعيده هنا قال صاحب النهاية وهذا اي تخريج الرازي هو الاصح لان تحكيم مهر المثل هنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوي ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره الامام قاضيخان والمحبوبي انتهى وقال صاحب غاية البيان قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما ينعدم التسمية بالتحالف لانه يكون كان العقد لم يكن تسمية اصلا فيصار الى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى وقال صاحب العناية اقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح انه غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لا لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى وانا اقول ان قوله ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام ليس بصحيح اذ لا مجال لارادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لانهم ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافي كون غيره اصح بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند اليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى فاذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز ان يتصف غيره بالاصحية والاتصاف بالاصحية يستلزم الاستلزام باصل الصحة لانها زيادة الصحة اللهم الا ان يكون مراده لا كلام في المراد لا في الارادة فتأمل ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا يفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى واقول في جوابه بحث حيث جعل مهر المثل امرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة امرا مظنونا غير مفيد للمعرفة وليس كذلك اذ لم يظهر لنا ان مهر المثل اخفى من القيمة اذ قد تقرر في باب المهر ان مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم ابيها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة ولا يخفى ان معرفة هذه الشرائط عسير جدا بخلاف القيمة اذ يكفي فيها نوع خبرة باحوال الامتعة كما لا يخفى فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا اعلم ان الفقهاء هناك بما يدعيه احدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته مهرا بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى وقال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن يشهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي وبناء على تخريج الكرخي يتحالفان اولا كما تقدم كذا في العناية الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها اي للمرأة عينها اي عين الجارية دون قيمتها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد اي التراضي فوجبت القيمة اي قيمة الجارية وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف معناه اختلفا في البدل اي في الاجرة او في المبدل اي المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن اختلافهما في الاجل فانه لا يجري في التحالف بينهما فيه بل القول قول من ينكر الزيادة كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الظاهر كان ان يريد المصنف على قوله في البدل

لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر فايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستأجر اولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة

او السبيل اوفيهما كما زاده صاحب الكافي ليتناول الصور الثلث الآتية هكذا افاده ولقوله منع الخلو اقرارا عما ذكرناه انها لا منع الجمع فيتناولها ايضا قوله لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس من حيث ان كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من انكر على ما مر في اول هذا الباب والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما عقد معاوضة يقبل الفسخ وليس بمعنى الشرع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة لان وضع المسألة في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فيجري التحالف ههنا كما جرى ثمة فان قيل قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب ان لا يجري فيها التحالف كما في عدم يجري التحالف كما في السلم وان بعين المستأجرة اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فصارت كانها قائمة كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة اي لوجوب زيادة الاجرة على ضمن المنافع قال صاحب العناية اخذا من شرح تاج الشريعة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولا على الآجر ثم وجبت الاجرة على المستأجر بعده اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم تشترط لا يمتنع الآجر عن تسليم المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف انتهى وقد تبعه الشارح العيني اقول في الجواب بحث من وجوه الاول ان الموجر ان لم يمتنع عن تسليم العين المستأجرة بما ادعاه من الاجرة ولكن يمتنع عن تسليمها بما اعترف به المستأجر منها فان تسليمها وان لم يتوقف على قبض الاجرة الا انه يتوقف على تعينها والا لم يمكن الموجر منكر الوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستأجر فيلزم ان لا يكون الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وقد علم والثاني ان ما ذكره ههنا منقوض بما اذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فان المشتري هناك ايضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على ان تسليمه لا يتوقف على المبيع مع انه يبدأ فيه بيمين المشتري كما يبدأ بيمينه في صورة الاختلاف في الثمن لاجل تعجيل فائدة النكول والثالث ان قوله فبقي انكار المستأجر لزيادة الاجرة ان اراد به انه لا انكار للموجر اصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح اذ يلزم حينئذ ان لا يحلف الموجر اصلا فيختل وضع المسألة لان وضعها في التحالف اي حلف كل واحد وان اراد به ان للموجر ايضا انكارا الا ان في انكار المستأجر ما يقتضي البداءة بيمينه فهو اول المسألة ولم يظهر بعد ثم ان تاج الشريعة اجاب عن السؤال بوجه آخر حيث قال ولان الاجارة اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس ان لا يتغير حكم النص في الفرع بل يعدى حكم الاصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى اقول فيه ايضا بحث لان هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية وهي ما اذا وقع الاختلاف في المنفعة فانه يبدأ فيها بيمين الموجر فيلزم مما ذكره ان يتغير فيها حكم النص وان لا يعدى حكم الاصل بعينه فان حكمه ان يبدأ بيمين المشتري من غير فصل بين ان يقع الاختلاف في البدل وان يقع في المبدل على ما مر ثم ان التحقيق ان حكم النص مجرد تحالف المتعاقدين عند اختلافهما في العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما وانما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغير حكم النص في شيء من الصورتين لا تم كلامه قوله وان وقع اي الاختلاف في المنفعة بدأ بيمين الموجر لانه منكر لزيادة المنفعة وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان نكوله بذل او اقرار على ما مر وايهما اقام البينة قبلت لانه نور دعواه بالحجة ولو اقاماها اي البينة فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة لان بينته تثبت الزيادة فيها وان كان اي الاختلاف في المنافع فبينة المستأجر اي فبينة المستأجر اولى لانها تثبت الزيادة حينئذ وان كان فيهما اي وان كان الاختلاف في الاجرة والمنافع معا قبلت بينة كل واحد فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا اي الموجر شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة لا يقال كان الاحسن ان ذكر احوال اقامة البينة على ذكر احوال اليمين والنكول لان المصير الى اليمين بعد العجز عن اقامة البينة والنكول فرع تحليف اليمين فقد عكس المصنف الامر لانا نقول العمدة في هذا الباب بيان امر التحالف وباقي الاقسام استطرادي فقدم الاهم في هذا المقام وكان صاحب العناية لم يتنبه لهذه النكتة حيث قال فيه

قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة

تقدم ذكر احوال اقامة البينة قال اي القدوري في مختصره وان اختلفا بعد الاستيفاء اي بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا اي عدم التحالف ههنا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وقد هلك المعقود عليه ههنا لان المنافع بعد الاستيفاء لانها انعدمت وهي عرض والعرض لا يبقى زمانين وكذا على اصل محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له اي للمبيع قيمة تقوم مقامه لان العين متقومة بنفسها وكانت القيمة قائمة مقامها فيتحالفان عليها اي يتحالف المتعاقدان عند محمد على القيمة ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد بناء على ان التحالف يوجب الفسخ فلا قيمة اي للمعقود عليه لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد اي بل تتقوم بالعقد وتبين انه لا عقد اي وتبين بتحالفهما انه لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فظهر انه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه اي هو الذي يستحق عليه ولمن وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه كذا في الكافي واذا اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لان العقد اي عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير في العقد في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها اي على كل جزء من المنفعة فصار الباقي من المنافع كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة اليه قبل استيفاء المعقود عليه وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لان المنافع الماضية هالكة وكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه فالقول قول المستأجر بالاتفاق كما مر انفا بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل ضرورة قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله والقول للعبد مع يمينه كذا في الكافي وغيره وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه اي على المولى عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا اي المتبايعان في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل اي بدل الكتابة مقابل بفك الحجر لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب ان يثبت للعبد ايضا شيء عوضا وما ذاك الا فك الحجر في حق اليد والتصرف للحال اللام في الحال متعلق بمقابل اي مقابل في الحال وهو اي فك الحجر في حق اليد والتصرف سالم للعبد باتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة وانما ينقلب اي البدل مقابلا بالعتق عند الاداء اي عند اداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه فقبله اي قبل الاداء لا مقابلة اي لا مقابلة بالعتق والا لعتق قبل الاداء وليس كذلك فصار كان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في اثبات العقد في الاجارة اصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة في حق المعقود عليه كذا في الكفاية جعلنا الفك في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق اصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق كذا في النهاية والكفاية فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير يعني اذا كان لا يقابل البدل في الحال الا ما سلم للعبد حقيقة فقد بقي اختلافهما في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان لان العبد لا يدعي شيئا على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان اقام احدهما البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار كالمكاتبة على الف درهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل اي مع اليمين وكذا في جانب المرأة كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام قاضيخان والامام التمرتاشي كالعمامة والقلنسوة والقباء والكتب والقوس

لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج
والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما
واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها
والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة
مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رح
والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات

والدرع والملحفة ونحوها لان الظاهر شاهد له وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية والدرع والخمار والملحفة والملاءة
ونحوها للنساء والظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل يبيع ثياب النساء والحلي والخلخال واشباه ذلك فحينئذ لا يكون ما يصلح للنساء
لها وكذلك لو كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كذا في الشروح وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والامتعة والعقار ونحوها فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج
لانه قوام عليها والسكنى تضاف اليه والقول في الدعاوى لصاحب اليد لما مر انه اذا تنازع اثنان في شيء وهو في يد احدهما كان القول قوله كذا هنا بخلاف ما يختص
بها اي بالنساء لانه يعارضه اي يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما
لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى كذا في الكافي وغيره قال صاحب العناية ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة
وهي في ايديهما فانما يكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص الذي المراد به ما هو بالاستعمال فلم يشاهد استعمال الاساكفة والعطار
كون هذه الآلات في ايديهما على السواء فجعلنا بينهما نصفين انتهى اقول فيه كلام وهو ان مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج او المرأة مشاهدا فيما نحن فيه
مع ان الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب وفي سائر المعتبرات ان مجرد الصلاحية لاحدهما كاف في الترجيح وان لم يشاهد استعماله ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف
في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة اي لا فرق بينهما فيما مر من الجواب ثم ان ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت احدهما فان مات احدهما واختلفت ورثته
مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي دون الميت اي لا يد للميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل
قول ابي حنيفة رح لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له به
كذا في العناية وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها وهذا الذي ذكره ابو يوسف رح في المشكل اما فيما يختص بكل واحد من الزوجين فقوله كقولهما
من غير اعتبار جهاز مثلها كذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول ابي يوسف رح فيما ذكر قولهما في حق المشكل
وكان من حقه ان يقول وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل وقال ابو يوسف رح يدفع للمرأة ما يجهز به مثلها كذا في النهاية ومعراج الدراية والباقي اي من المشكل
للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز تعليل لقوله يدفع المرأة ما يجهز به مثلها وهذا اقوى اي هذا الظاهر وهو ان المرأة تأتي بالجهاز ظاهر اقوى لكونه
العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج وهو يده ثم في الباقي لا معارض لظاهره اي لظاهر الزوج فيعتبر وقوله ثم في الباقي الى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع
يمينه والطلاق والموت سواء اي عند ابي يوسف رح لقيام الورثة مقام المورث وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان
لهما فهو للرجل اي ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة رح من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد هذا
بالنسبة الى الحيوة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وذكر في الفوائد محمد رح يقول ورثة الزوج يقومون
مقام الزوج لانهم خلفاؤه وفي ان الحكم ان في المشكل القول قوله في حيوته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته وابو حنيفة رح يقول يد الباقي منهما الى
اسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذلك يقع الترجيح بسبق اليد ولان الباقي
منهما يد يد الوارث خلف عن يد المورث فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهما كذا في النهاية ومعراج الدراية وان كان احدهما اي احد الزوجين
مملوكا اي سواء كان محجورا او مأذونا او مكاتبا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى
لا لان الأقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك كذا في العناية وللحي بعد الممات اي وان كان

بعد الممات لانه لا يد للميت فجعلت يد الحي عن المعارض هذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لانهما يدا معتبرة في الخصومات **فصل فيمن لا يكون خصما** واذا قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره

بعد الممات اي المتنازع فيه بعد الممات كالميت ومملوكه كذا وقع في عامة شروح هذا الكتاب قال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة والحكم بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو كذا في الشروح واختار المص مختار العامة واستدل عليه بقوله لانه لا يد للميت فجعلت يد الحي عن المعارض فكان المتاع له وهذا اي ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في ايديهما قضي بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا يعارض بينهما كذا في العناية

فصل فيما لا يكون خصما لما ذكر احكام من يكون خصما شرع في بيان من لا يكون خصما للمناسبة المضادة بينهما وقدم الاول لكون ذكره العمدة في المقام لان الكتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة واما ذكر الثاني فليتضح به الاول اذ الاشياء تتبين باضدادها فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلنا نعم لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي هذا لفظ القدوري يعني اذا ادعى رجل عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه الذي هو ذو اليد هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي قال المص رح وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة اي اذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي ايضا وقال في النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه انه عارية عندي او ما اشبه ذلك كذا في الذخيرة انتهى لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة تعليل لمجموع المسائل المذكورة يعني ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعي في التبيين ثم هذا الدليل فيما اذا اقر المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به ثم ذكر الشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى وقال ابن شبرمة لا تندفع اي الخصومة وان اقام البينة على ما قال لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه اي عن الغائب لان الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعني ان ذا اليد اثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر اذ لا ولاية لاحد في ادخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه ودفع الخصومة بناء عليه اي على اثبات الملك للغائب والمبنى على المتعذر متعذر قلنا اي في الجواب عما قاله ابن شبرمة مقتضى البينة شيئان احدهما ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت وثانيهما دفع خصومة المدعي وهو اي المدعى عليه خصم فيه فيثبت اي فيثبت فيه دفع الخصومة في حقه وبناء الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه وقد اشار اليه بقوله وهو كالوكيل بنقل المرأة اي الى زوجها اذا اقامت على الوكيل اي واقامت المرأة البينة على الطلاق يعني ان ما نحن فيه نظير ما اذا وكل رجل وكيلا بنقل امرأته اليه فاقامت المرأة بينة ان الزوج طلقها فان بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولا تقبل في وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما بيناه من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة والقبض فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه ولا تقبل في اثبات الملك للغائب وهذا لان مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس باثبات الملك للغائب انما مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة وفي هذا المدعي خصم فيجعل اثباته عليه بمنزلة اقرار خصمه لذلك ولا تندفع اي الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى فانه قال تندفع عنه الخصومة باقرار المدعى عليه بدون اقامة البينة وجه قوله ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه بخلوه عن التهمة فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة ووجه الجواب عنه ما ذكره المص بقوله لانه اي ذا اليد صار خصما بظاهر يده ولهذا كان للقاضي احضاره وتكليفه بالجواب فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق هناك فكذا ههنا ايضا

وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله للوجه الثاني

يلزم اثبات اقراره نفسه ببينة وهو غير معهود في الشرع لانا نقول البينة لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار كذا في العناية واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وهو غير معهود في الشرع حيث قال قد سبق في اول كتاب الدعوى ان اليد لا تثبت في العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى اقول هذا ليس بشيء اذ ليس مراد صاحب العناية ان عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع كيف ولا يخفى على احد ان عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعلل شتى كعدم اعتبار اقرار المريض للوارث وعدم اعتبار اقراره لعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة وكعدم اعتبار اقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالاخ والعم وكعدم اعتبار اقرار المرأة بالولد ايضا الى غير ذلك انما مراده ان اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من مسئلة دعوى العقار اثبات المقر اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة في دعوى العقار انما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقر (وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا) في جواب هذه المسئلة كما قلناه اي يندفع عنه الخصومة باقامة البينة (وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) وان اقام البينة كما قال ابن شبرمة (لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود) علانية (فيحتال لابطال حق غيره) اي يكون مقصوده من ذلك الاضرار بالمدعي ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة (فاذا اتهمه القاضي به) اي بالاحتيال (لا يقبله) اي لا يقبل ما منعه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ما ذهب اليه ابو يوسف رحمه الله استحسان ذهب اليه بعدما ابتلي بالقضاء مارس قضاء فوقف على احوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قالاه قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا في غاية البيان واعلم ان هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا يندفع الخصومة وان اقام البينة لانه اذا كانت قائمة فدعوى المدعي ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا تحول عنه الخصومة كذا في العناية وكثير من الشروح ثم ان الذي ذكر في الكتاب اذا قال الشهود اودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه (ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه) اي اصلا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه (لا تندفع الخصومة) اي بالاجماع كذا في الكافي والشروح والظاهر ان مرادهم بالاجماع هنا اجماع ائمتنا الثلاثة او اجماع ما عدا ابن ابي ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر قال المصنف في تعليل المسئلة (لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي) حيث لم يعرفوه (ولانه) اي ذا اليد (ما احاله) اي ما احال المدعي (الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت) اي الخصومة عنه (لتضرر به المدعي) اقول في تعليله الثاني قصور اما من حيث اللفظ فلانه اضمر فيه المدعي اولا حيث قال ما احاله واظهره ثانيا حيث قال يمكن المدعي اتباعه ولا يخفى على من له معرفة باساليب الكلام سماجة ذلك وكون الوجه اما العكس واما الاضمار في المقامين واما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الاجماعية مع انه منقوض على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بالمسئلة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه لا نعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف هناك عنده فالاولى ما فعله الامام الزيلعي حيث جعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال في تعليل هذه المسئلة في التبيين لانهم ما احالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل فلو اندفعت لبطل حقه انتهى ثم ان الظاهر كان ان يقول المصنف ايضا لانهم ما احالوه بدل قوله لانه ما احاله لان المسئلة في ان لا يعرفه الشهود لا في ان لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المصنف ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسب احالتهم اليه ويحتمل ان يكون الضمير البارز في قوله لانه للشهود والضمير في قوله ما احاله راجع الى الشهود باعتبار من يشهد (ولو قالوا) اي الشهود (نعرفه) اي الرجل الذي اودعه (بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب) اي جواب المسئلة (عند محمد رحمه الله للوجه الثاني) وهو قوله ولانه ما احاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن

وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول لم يكن يده يد خصومة ويتضرر المقصود والمحتال الى امر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر شهوده دون المدعى عليه وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة في كفاية المنتهى قال فان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد رحمه الله تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه فاقام السترة

رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث كذا في الكافي والشروح وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع لانه اي المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه فيحصل العلم بيقين ان المودع غير هذا المدعي بخلاف الفصل الاول وهو ما قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اصلا فلم تكن يده اي لم تكن يد المدعى عليه في الفصل الثاني يد خصومة لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ وهو المقصود اي لا يكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد افاده الشاهد فلا حديث الا دليل على نفي المعرفة الثابتة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد ثبت والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر شهوده اي شهود المدعى عليه هو ذو اليد وهو جواب عن قول محمد رحمه الله فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي ووجهه ان الضرر انما لحق المدعي من جهة نفسه حيث نسي خصمه او من جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذي اليد وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى اي هذه المسئلة من بين مسائل الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمسة اقوال كما اشار اليه بقوله وذكرنا الاقوال الخمسة وهي قول ابن شبرمة وقول ابن ابي ليلى وقول ابي يوسف وقول محمد وقول ابي حنيفة رحمهم الله او لان فيها خمس صور وهي الايداع والاعارة والاجارة والرهن والغصب كما ذكره ايضا وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم هذا لفظ القدوري يعني ان قال المدعى عليه اشتريت هذا الشيء من الغائب فهو خصم للمدعي لانه اي المدعى عليه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما لما اراد الا مطلقا وان قال المدعي غصبته مني اي غصبت هذا الشيء مني او سرقته لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه اي لان ذا اليد انما صار خصما بدعوى الفعل عليه اي بدعوى المدعي الفعل وهو الغصب والسرقة عليه لا بيده اي لم يصر ذو اليد في دعوى الفعل خصما بيده ثم لا تنافي بين اليد لا غير وبين ان يكون لغيره حتى لو قال اي ثبت بالبينة ان فعله فعل غيره لم يجعله مقصورا عليه بخلاف دعوى الملك المطلق لانه اي ذو اليد خصم فيه اي في دعوى الملك المطلق باعتبار يده حتى لا يصح دعواه اي دعوى الملك المطلق على غير ذي اليد لانه لا يكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وبانه اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما ويصح دعوى الفعل على غير ذي اليد كما يصح دعواه على ذي اليد وان قال المدعي سرق مني اي ان قال المدعي سرق مني هذا الشيء على صيغة المجهول ثم قال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة اي على ان فلانا اودعه اياه لم تندفع الخصومة هذا ايضا لفظ القدوري قال المصنف هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد رحمه الله تندفع اي الخصومة وهو القياس لانه اي المدعي لم يدع الفعل عليه اي على ذي اليد فصار كما اذا قال اي المدعي غصب مني على ما لم يسم فاعله يعني عن التحصيل قصد دعوى السرقة فيصير دعوى الملك فيندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله واقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فانه تندفع الخصومة هناك فكذلك هنا كذا في غاية البيان ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان ذكر الفعل وهو السرقة يستدعي الفاعل لا محالة لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور والظاهر انه اي الفاعل هو الذي في يده الا انه اي المدعي لم يعينه اي لم يعين الفاعل درءا للحد شفقة عليه اي على ذي اليد واقامة لحسبة الستر اي لاجل الستر قال صاحب العناية فان قيل فلم لم تندفع الخصومة اذا لم يقض بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا وهو الدرء حينئذ اجيب بانه لم يجعله سارقا بل جعله خصما وقضى عليه بتسليم العين الى المدعي ولو ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيال للدرء انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب نظر اما في السؤال فلانه ان اراد بقوله وفي ذلك جعله سارقا ان في ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع وانما هو عند تعيين كونه السارق وان اراد به ان في ذلك مجرد جعله خصما في دعوى كون ذلك الشيء

فيما كما إذا قال سرقت مني لأن الغصب لا يكون إلا بفعله فلا يتحرر عن كشفه وإذا قال المدعى عليه مكتمن ... وذلك عند ... بينة لم يكن له إلا أن يقيمها ... فيكون هو المالك ذو اليد من جهته فلم يكن بيده يد خصومة لأن يقيم البينة على أنه ... لأنه أثبت ببينة كونه أحق بإمساكها

باب ما يدعيه الرجلان

قال وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار إلى القرعة لأن النبي عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ

مسروقا من المدعي فهو مسلم لكن ... وحينئذ لقوله فما وجه الرد حينئذ إذ وجه خرخا هو وهو سقوط القطع لعدم التعيين لشبهة كون السارق غيره وإلا في الجواب فإن قيل إن جعل ذي اليد عبدا والقضاء عليه بتسليم العين إلى المدعي في مستندا مع أنه كان لا يجب الاحتياط ... بالحد وأما الاحتيال لمدرئه إنما نشأ من قبل الشرع لا من قبل المدعي وهذا مع كونه مما لا يقتضيه الدليل المذكور في الكتاب كما ترى غير تام في نفسه لأن الإيهام ... وذي اليد بعد ذلك بتعين ... ومن يده على تقدير القضاء عليه بالمتحقق تكميل ... الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما إذا اعترف بأنها ملك الغير أو دعا عنده فإن أتلاف المال لدفع ضرر عن آخر غير معهود في الشرع فصار أي فصار إلى ... إذا قال سرق بصيغة المجهول ... إذا قال سرقت بالتعيين ... بخلاف ما إذا قال غصب مني بصيغة المجهول حيث تندفع خصومته بإثبات الوديعة بالاتفاق لأنه لا حد فيه أي في الغصب فلا يحترز عن كشفه فلم يكن المدعي معذورا في التجهيل أو قال المدعي ابتعته من فلان ... صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك أي فلان الذي قال المدعي ابتعته منه أسقط الخصومة أي سقطت عن صاحب اليد الخصومة عن نفسه بغير بينة هذا لفظ القدوري وقال ... لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه أي في الشيء المدعى لغيره أي لغير صاحب اليد فيكون وصوله أي وصول العين المدعاة وكان المطابق للضمائر السابقة أن يقول إليه ... من جهته ... كما قاله صاحب العناية ولكنه يشبه أنه قصد التفنن في العبارة إلى ذي اليد من جهته أي من جهة الغير فلم يكن يده يد خصومة إلا أن يقيم أي المدعي البينة أن فلانا أي فلانا المذكور وكله بقبضه أي بقبض الشيء المدعى لأنه أي المدعي أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها أي بإمساك العين المدعاة وكأنه قصد التفنن ههنا حيث قال أولا بقبضه بالتذكير وثانيا بإمساكها بالتأنيث

باب ما يدعيه الرجلان لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين لأن الاثنين بعد الواحد قال أي القدوري في مختصره وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها أي العين له وأقاما البينة أي على ذلك قضي بها بينهما أي نصفين ... وضع المسألة في دعوى ملك العين لا في دعوى النكاح إذا ادعى كل واحد منهما أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين لأن الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد فإما أن يقيم البينة فبينة الخارج أولى عندنا وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تهاترت البينتان ويكون المدعى للذي اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى بها لذي اليد قضاء ملك في الملك المطلق لأن في المقيد بالسبب المعين وبالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء إن شاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله أي في المسألة التي نحن فيها في قول تهاترتا أي البينتان أي تساقطتا وبطلتا مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه كذا في النهاية وفي قول يقرع بينهما أي بين المدعيين فيقضى لمن خرجت قرعته لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل أي في كل العين في حالة واحدة وقد تعذر التمييز أي بين الصادقة منهما والكاذبة فيمتنع العمل بهما فيتهاتران كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لأن تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به أولى كذا في النهاية والكفاية أو يصار إلى القرعة لأنه عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت تحكم بينهما روى سعيد بن المسيب أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم أنت تقضي بينهما فخرجت القرعة لأحدهما فقضى بها له ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي ورواه عن أبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه ذكره أبو داود أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وعن أبي الدرداء رضي الله تعالى عنه أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء وأقاما البينة فقال احكم ما أنزل ... كسلسلة بني إسرائيل كان إذا جلس للفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء فتعلق بالظالم ثم قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ هذا جواب عن حديث القرعة يعني أنه كان في الابتداء وقت إباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لأنه تعيين المستحق بمنزلة الاستقسام الذي كان ...

ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق

تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لأن القاضي هناك له التعيين من غير قرعة وإنما القرع تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة الميل من نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار كذا في الكافي وسائر الشروح (ولأن المطلق) بكسر اللام أي المجوز (للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود) بفتح الميم بأن (يعتمد أحدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهادتان) قال صاحب العناية في حل هذا المقام ولا نسلم كذب أحدهما بيقين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه اشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى أقول الظاهر من تقريره أنه قد حمل قول المصنف ولأن المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي رح إن إحدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه أنه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب إليه جمهور المحققين من أن معنى صدق الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم مطابقته له لأن استحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب أحدهما أي عدم مطابقتها للواقع متعين بلا ريب وما ذكره في معرض السند للمنع لا يجدي طائلا في دفع هذا كما لا يخفى والوجه عندي أن لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعي رح ذلك بل أن يكون مراده به القول بالموجب أي إثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم وتقريره أن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شهادة لها مطلق كذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع أو لم تطابقه لأن صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به في الواقع فإن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل إنما تعتمد ظاهر الحال (فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن) لأن البينات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما أمكن (وقد أمكن) ههنا (بالتنصيف إذ المحل يقبله) أي يقبل التنصيف (وإنما ينصف لاستوائهما) أي لاستواء المدعيين (في سبب الاستحقاق) وهو الشهادة فحاصل كلام المصنف ههنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما فإنه مما لا يطلع عليه العباد وأن وجه صحتهما ما ذكره ويرشد إليه أنه قال في التفريع فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان ثم إن بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب أحدهما بيقين وأجاب عنه حيث قال فيه بحث فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الأمر من أجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها هنا وهو مفقود شرعا والالزام اجتماع اطلاق الشهادة وكذبها شرعا فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل انتهى أقول في الجواب بحث إذ الظاهر أن مراده بكذبهما شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لأنه هو الذي يمكن أن يراد بلفظ الكذب ههنا فبعد أن لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بوجيه لأن كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر وكذبه عدم مطابقته لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه وقد أبطله المحققون بإجماع المسلمين على تصديق اليهودي في قوله الاسلام حق مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه في قوله الاسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب الغير ويجعل مبنى الاستدلال الشرعي في هذه المسألة وأيضا لو لم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان المقرر في قواعد الشرع من أنه مدار الكذب لم يتعمد معنى لأن الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد وأيضا لا يندفع ما قاله الشافعي رح من كذب إحدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد إذ يكفي لكذب إحداهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فإن التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة إحداهما للواقع فلم يلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب إحداهما بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق بمجرد الإطلاق لفظ الكذب على عدم الإطلاق لا يؤثر في تحقيق معنى المسألة فإنما هو اعتبار لفظي فلا ينبغي أن يشكك القول المعول عليه في الصدق والكذب ثم إن قوله والالزام اجتماع الإطلاق للشهادة وكذبها شرعا إن أراد به أنه يلزم اجتماع الإطلاق لكل واحدة من الشهادتين وكذبهما بعينها فممنوع وإن أراد به أنه يلزم اجتماع الإطلاق لكل واحدة منهما وكذب إحداهما لا بعينها فمسلم لكن لا نسلم المحذور فيه إذ الكذب بالنسبة إلى كل واحدة منهما بعينها كان محتملا لا متحققا فتأمل تقف على القدر

قال وان ادعى كل واحد منهما انه تزوجها واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يؤقت البينتان فاما اذا وقتتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار

في مختصره فان ادعى كل واحد منهما اي من الرجلين نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وحكي عن شيخ الاسلام علي السغدي انه لا يترجح احدهما الا باحدى معان ثلث احدها اقرار المرأة والثانية كونها في يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان يقيم الآخر البينة ان نكاحه اسبق كذا في الشرح نقلا عن الخلاصة قال المصنف وهذا اي الحكم المذكور اذا لم يؤقت البينتان واما اذا وقتتا فصاحب الوقت الاول اولى لما فيه من زيادة الاثبات كذا في الكافي قال صاحب العناية ولقائل ان يقول قوله فصاحب الوقت الاول اولى ليس بكلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني ابعد بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز ان الاول طلقها فتزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك ايضا فقد ذكرنا آنفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى اقول في الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول لم تقم البينة عليها كان صاحب الوقت الثاني اولى قطعا وليس مدار السؤال على دعوى اولوية الثاني بل على منع اولوية الاول وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الاول بل يتوجه ايضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا اي من غير تقييد بكونه بعد طلاق الاول فيما اذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة بجواز ان الاول طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثاني كما ذكر في السؤال فلم يثبت الاولوية في الاول مطلقا واما الجواب الثاني فهو وان كان صحيحا في نفسه الا انه يحتاج الى بيان لمية الحكم بالاول فيما اذا عاينا تقدمه ايضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت اليس الحمل تعيين تحتمل قلت لا يمكن الا لان النكاح الثاني يحتمل ان يكون بعد الطلاق ويحتمل ان يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك لا يقال بل امر على الصلاح لان هذا انما يعتبر في الدفع لا في ابطال حق الغير وههنا الحاجة الى الابطال انتهى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر في نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي انها امرأته ويقيم البينة فان كانت في بيت احدهما او كان دخل بها فهي امرأته لان التمكين في العارضتين على العقد فيرجح احدهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقي الملك في عين من ثالث بالشراء وواحد منهما قابض واما البينة كانت بينة صاحب اليد اولى وان فعل المسلم محمول على الصحة واكمل الا لمكن الامكان ثابت منا بان يحمل نكاح الذي دخل بها سابقا حين دخل بها الا ان يمكنه من الدخول بها دون نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا ان يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فحينئذ سقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق وان لم تكن في يد احدهما فايهما اقام البينة انه اول فهو احق بها لان الشهود بالسبق التاريخ في عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة او باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المرأة انه تزوجها قبل او انه تزوجها فهي امرأته الا ان بينة تترجح باقرارها كما بينا في جانب الزوج او لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق احد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كذا في النهاية وانت تعلم ان هذا بمنزلة الشرح لما في الكتاب انه يظهر منه ان قول القدوري فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما اذا لم تكن المرأة في بيت احدهما ولم يكن احدهما دخل بها واعلم ان هذا كله اذا كان التنازع حال حيوة المرأة واما اذا كان بعد وفاتها فهو على وجه ولا يعتبر فيها الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضي بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يؤرخا او ارخا على السواء فانه يقضي بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد فوقع الفرق بين الدعوى حالة الحيوة وبين الدعوى حالة الوفاة والفرق ان المقصود في حال الحيوة هي المرأة وهي لا تقبل الشركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت بولد ثبت النسب

ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق

قال ومن اشترى من رجل عبدا واقام الآخر البينة انه اشترى منه هذا العبد فاقام كل واحد منهما البينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن فلو اراد

من الآخر يعني شاءت من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة لا تتجزى كذا في نهاية البيان نقلا عن الفصول وفي الفصول نقلا عن المحيط ولو تفرد احدهما بالدعوى يعني الآخر
ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك اي بما ادعاه الثاني
لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه اي لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الاولى بل دونها لان الاولى تاكدت بالقضاء ونفاذ الامن في الفسخيات
لا ينقض بالتمثل الشئ لما هذا لا ينقض بما هو دونه كذا في نهاية البيان الا ان يوقت شهود الثاني سابقا اي وقتا سابقا فانه يقضي حينئذ بما ادعاه الثاني لانه ظهر الخطاء
في الاول بيقين حيث ظهر انه تزوج منكوحة الغير اقول في قول المص بيقين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرحوا به فلعل صاحب الكافي تنبه حيث
ترك لفظ بيقين في تحريره وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق اقول قد مر بيان هذه المسألة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل عن المبسوط قال
اي القدوري في مختصره ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال الشراح معناه اي معنى قوله منه من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد
فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد او من اثنين فالحكم على التفصيل يجي بعد هذا في الكتاب كذا في النهاية وغيرها ثم ان تمام قول القدوري واقام بينة اي واقام كل
واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما اذا كانا من غير توقيت حيث قال في شرح المقام واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكانه اخذ ذلك من
تصريح صاحب الكافي ههنا حيث قال لم توقت واحدة من البينتين وقتا واقول الاولى تعميمه لما لم يوقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء لان حكم هاتين الصورتين سواء
تصريحا به في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لها ولو لم نعمم لزم ان يكون صورة ما وقتا ووقتهما
على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين اقسام هذه المسئلة لعدم دخولها في الصور الآتية المتشعبة من هذه المسئلة ولا يخفى بعد ذلك فكل واحد منهما بالخيار ان شاء
اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء تركه قال المص لانه تغير عليه شرط عقده وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه فتفرق
الصفقة عليه كذا في معراج الدراية اقتباسا من الكافي وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة
قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل لم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن قال بعض الفضلاء ردا على صاحب العناية الظاهر ان المراد من شرط العقد هو الرضا فقد تغير
لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه وتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ويؤيده قول المص فلعل رغبته في تملك الكل وايضا الاتحاد
وصف العقد فكيف يكون شرطا انتهى اقول الذي هو بصدد نقض ما ذكره القائل ههنا ساقط اما قوله ويؤيده قول المص فلعل رغبته في تملك الكل فلان قول المص الخ
لا يؤيد ما ذكره صاحب العناية اكثر من ان يؤيد ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية كما لا يخفى على الناظر الصادق واما قوله وايضا الاتحاد وصف العقد الخ
فلان مراد صاحب العناية ان اتحاد الصفقة شرط لصحة العقد لا انه شرط لنفس العقد كما لا يخفى ايضا كيف لا يتحقق نفس العقد فاسدا في بيع المكره مع انتفاء الرضا فيه
وان اراد المص بتغير شرط صحة عقده لا انه تغير شرط نفس عقده والا لما ساغ له ان يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد ثم ان صحة العقد وصف للعقد كما
ان نفس العقد كذلك فلا محذور في كون احدهما مشروطا بالآخر وقال صاحب العناية فان قيل احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كاملا في وقت واحد
فينبغي ان تبطل البينات اجيب بانهم لم يشهدوا ان كونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهما عقد سابقا في وقت اطلق له الشهادة انتهى
واعترض عليه بعض الفضلاء على جوابه حيث قال فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ماذا يضا ويجي من الشارح التصريح به في الورق الآتي ذكره
الاتقاني ههنا نقلا من مبسوط شيخ الاسلام فجواب الشارح لا يكفي بدفع ما اذا ورد عليه انتهى اقول مبنى جواب صاحب العناية ههنا تقييده مسئلة الكتاب فيما سبق بما
من عدم توقيت البينتين وجوابه فان ما يحتاج اليه من الجواب ههنا انما هو مقدار ما يدفع السؤال من مسئلة الكتاب وقد حصل بما ذكره وذلك التقييد وان لم يدفع السؤال عن مسئلة

ولو قضى القاضي بينهما انصافا فقال احدهما لا اختار النصف لم يكن للآخر ان ياخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه
خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما اذا قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه
والعود الى النصف للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما
لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت
واحتمال الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده

اخرى مذكورة في الكتاب فنقل من الكلام ههنا فلا نسير في صدده ثم اجوابه بذلك نعم تقييده ههنا ليس بمناسب ايضا كما بيناه ولكن الكلام آخر موضعه ثم ان ههنا
جوابا آخر عما السؤال عن هذه المسئلة ما ذكره ايضا صاحب الكافي وجماعة الشراح وهو ان التنصيف يتصور ههنا في وقت واحد بان وكل المالك رجلين كل واحد منهما
على الانفراد بان يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين من رجل فانه يجوز عقد الوكيل كعقد الموكل باضافة عقده الى الموكل مجازا فثبت انه لا استحالة في شراء اثنين
اثنان واحد من رجل واحد على عين واحدة كما لا يخفى قوله فان قضى القاضي به اي بالعبد بينهما اي بين المدعيين فقال احدهما لا اختار اي لا اختار الاخذ لم يكن للآخر ان ياخذ جميعه
لانه اي الآخر صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه اي في هذا النصف والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو منع فكيف يكون
مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك اي بخلاف ما اذا قال احدهما لا اختار
قبل تخيير القاضي اي قبل القضاء عليه بالخيار حيث يكون له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل وحجته قامت به ولم يفسخ سببه اي لم يفسخ سبب استحقاق الكل في حقه والعود
الى النصف للمزاحمة ولم توجد يعني انما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضي له بالكل ونظيره اي نظير ما قال
احدهما لا اختار الاخذ قبل تخيير القاضي تسليم احد الشفيعين قبل القضاء اي تسليم احدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون للآخر ان ياخذ جميع الدار
ونظير الاول اي نظير ما قال احدهما لا اختار الاخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار تسليمه بعد القضاء اي تسليم احد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضي بها لهما حيث
لا يكون للآخر الا اخذ نصف الدار واعلم انه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود الى النصف للمزاحمة الى هنا وذكر في بعضها ولهذا لم يقع شرحه في بعض الشروح
ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف لانه اثبت
الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاستحقاقه ثبت في ذلك الوقت فاندفع الآخر به اي فقد تبين به ان الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا ولو وقتت احداهما اي احدى
البينتين ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك اقول فيه شيء وهو ان الآخر اثبت
الملك ايضا وانما الشك في انه قبل ذلك الوقت او بعده فاحتمال قبليته يقتضي رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضي العكس فالوجه في العمل بالاحتمال
على ان الشك في ان احدهما مقدم على الآخر او موخر عنه يستلزم الشك ايضا في ان الآخر مقدم عليه او موخر عنه فلم يظهر الرجحان في جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافي
حيث قال ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى قضي به لصاحب الوقت لانه يثبت له الملك في ذلك والذي لم يوقت يثبت ملكه في الحال لان شراءه حادث فيضاف
حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء الموقت سابقا فكان اولى انتهى وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى هذا لفظ القدوري في مختصره
قال المصنف ومعناه اي معنى قوله ومع احدهما قبض انه في يده اي القبض ثابت في يده معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يحتمل ان
يكون معناه اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع وحينئذ يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد
بالمعاينة كذا في النهاية وغيرها اقول بقي ههنا كلام وهو ان الظاهر ان هذه المسئلة والمسئلة السابقة التي كانت مذكورة ايضا في مختصر القدوري وهي قوله ولو ذكر
كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما وكذا المسئلة التي ذكرها الكرخي في التبيين وهو قوله ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة الاولى
وهي قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد ومتفرعة عليها يرشد اليه انه لم يعد في شيء منها لفظ الادعاء ولا ذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المعهود
عند الانتقال الى مسئلة مستقلة وقد قال المصنف في صدر المسئلة معناه من صاحب اليد فاقتضى ذلك ان يكون وضع المسئلة فيما اذا كان المدعى في يد البائع وقال ههنا
ومعناه انه في يده اي في يد احد المدعيين فاقتضى هذا ان يكون المدعى في يد المشتري فكان مخالفا لوضع المسئلة فليتامل في التوجيه لان يكون من قبضه

لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا اذا ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا

سبق شرائه تعليل المسألة المذكورة قال صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احديهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان مانع المعاينة ثابتة فهو معدوم اذ عرفت هذا فتعين القابض حتى على شرائه ومتاخر عنه ظاهر الامكان بعد شرائه ولا يلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض وكان شراؤه اقدم تاريخا فقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى انتهى اقول فيه ان هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافي وخلاصته الشراح لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ما جرت عليه النفس في اسلوب تحريره من ايجاز الكلام وتقديم المراد الى ان يكون مراده ذلك ولو اراد ذلك لاكتفى بان قال لان قبضه يدل على سبق شرائه اذ تحصيل ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يقتضي لذكر تمكنه من قبضه فتوقع حسن عندي ان تحقق مراده هو ان يمكن احدهما من قبض المدعي يدل على كون شرائه اياه سابقا اذ لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه لغير منفذ بكمال اليد القابض والانسان انما يتمكن عادة من قبض ملك الغير انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة اجنبية سيظهر ثمرته الجليلة عن قريب ان شاء الله تعالى لانهما استويا في الاثبات اي ولان القابض وغير القابض استويا في اثبات الشراء بالبينة والقابض امر مرجح وهو يده الثابتة بالمعاينة لان غير القابض يحتمل ان يكون قبل القابض في العقد فينتقض يد القابض وان يكون بعده في العقد فلا تنتقض يده فصار امره مشكوكا فلا تنتقض اليد الثابتة بالشك فلا يقال بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فينبغي ان ترجح بينة غير القابض لانا نقول بينة الخارج انما تكون اولى من بينة ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا اما اذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافي ههنا وقد صرح به في مواضع منها ما مر في اوائل باب اليمين قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد وكانت بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وغاية البيان حيث قال واما ههنا فلا يحتاجان الى اثبات الملك بل هو ثابت لبائعهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق عليه بسبب العقد فيستويان فتاكد بالقبض وكان هو اولى انتهى اقول في الجواب بحث وهو ان لا يثبت كل واحد من المدعيين الملك لبائعه بل الذي يثبت كل واحد منهما ليس بذي يد بل هو خارج لكن غير القابض من المدعيين يكون بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فيما اذا اثبتا الملك لانفسهما مسلم واما فيما اذا اثبتاه لخارج آخر فممنوع الا يرى ان الدليل الذي ذكروه لاثبات كون بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد وهو ان الخارج اكثر اثباتا او اظهارا فان قدر ما اثبتته اليد لا تثبته بينة ذي اليد وليس مطلق الملك انتهى انما يجري فيما اذا اثبتا الملك لانفسهما لا فيما اثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتامل وكذا لو ذكر الآخر وقتا اي لو ذكر غير القابض وقتا كان العبد الذي في اليد ايضا لما بيناه قال صاحب النهاية الشراح قوله لما بيناه اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اقول يرد عليهم انهم حملوا قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على المقدمتين كما مر وذلك التحقيق لا يجري فيما اذا ذكر الآخر وقتا لانه لما ثبت شراء الآخر الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لان يضاف الى اقرب الاوقات لان اضافة الحادث الى اقرب الاوقات انما يتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم يثبت المقدمة الاولى ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض يضاف الى اقرب الاوقات الذي هو الحال فلم يكن مع شراء غير القابض فلم تحصل المقدمة الثانية واما شراء القابض فانه وان كان سابقا على قبضه فان ظاهر حال الفعل المسلم على ملكه دون الغصب كما ذكروا فيما مر الا انه ليس بمتعين السبق على الوقت الذي ذكره الآخر بل يحتمل ان يكون قبله او بعده فلا تنقض اليد بالشك مثل ما ذكره لم يصح فيما اذا لم يوقت احدهما ووقت الآخر ولم يكن لاحدهما قبض فالصواب ان يحمل قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذي ذكرناه هناك حتى يحمل قوله ههنا لما بيناه اشارة الى ذلك القول اذ المعنى المذكور يمشي فيما نحن فيه ايضا كما لا يخفى وهذا هو الثمرة التي اشرنا اليها فيما مر آنفا الا ان يشهدوا

وان شراء وكان لها شراء صاحبها لان التصريح يفوق الدلالة قال وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد ولا بينة لواحد منهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والصدقة مع القبض سواء حتى يقضي بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند بعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع قال وان ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه

اي شهود الخارج ان شراءه اي شراء الخارج قبل شراء صاحب اليد فحينئذ يكون الخارج اولى لان التصريح يفوق الدلالة يعني ان تقدم عقد الخارج حينئذ ثبت بتصريح شهوده وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح قال اي القدوري في مختصره وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا قال المصنف معناه من واحد اي معنى ما قاله القدوري ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد انما قيد به احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين فان المدعيين حينئذ سواء ولا اولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد ثم ان تمام لفظ القدوري ولا بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى وكذا الحكم اذا ارخا وتاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان الشرى اقوى من الهبة لكونه معاوضة من الجانبين والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للاكثر فكانت اولى لان البينات تترجح بكثرة الاثبات ولانه يثبت الملك بنفسه عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لان الشرى اقوى اي ولان الشرى يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء والملك في الهبة يتوقف على القبض ولا شك ان ما يثبت الملك بنفسه اقوى مما يثبته بواسطة الغير فكان هذا دليلا آخر على كون الشرى اقوى من الهبة ويشهد بذلك قول المصنف فيما سيأتي لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء يثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى اقول الظاهر من تحريره هذا كما ترى انه جعل قول المصنف ولانه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشرى اقوى فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو اولوية الشرى كما هو صريح كلام صاحب الكافي ايضا لكن لا يخفى على ذي مسكة ان قول صاحب العناية بعيد هذا او قوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الوجهين في ان الشرى اقوى انتهى ظاهر الدلالة على ان يكون قوله ولانه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشرى اقوى كما قررناه فيما قبل فبين كلاميه تدافع لا تخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض اي كذا الحكم اذا ادعى احدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض لما بينا اشارة الى ما ذكره في المسئلة السابقة من الوجهين لكون الشراء اقوى والهبة والصدقة مع القبض سواء يعني اذا ادعى احدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء حتى يقضي بينهما اي بين المدعيين كذا في الكافي وغيره لاستوائهما في وجه التبرع كان قيل لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل اي الى ما يرجع الى المآل اي يظهر اثره في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل والترجيح بمعنى قائم في الحال اي الترجيح انما يقع بمعنى قائم في الحال لا بما يرجع الى المآل واجيب ايضا بان امتناع الرجوع في الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا القوة في السبب ولهذا لو وقعت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ايضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم وهذا اي القضاء بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتمله اي فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان عند البعض لان الشيوع طارئ يعني ان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طارئا وهو لا يمنع الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح والقضاء لما بينا لانه تنفيذ الهبة في الشائع فيصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابي حنيفة رح اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي ان يقضي لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا الا انه يقضي لكل واحد منهما بالنصف فانما يقضي بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا انما يثبت الملك بقضاء القاضي ويمكن الشيوع في الملك المستفاد من الهبة فيمنعها كذا في النهاية وغيرها قال اي القدوري في مختصره واذا ادعى احدهما الشراء اي شراء شيء كعبد مثلا من رجل وادعت امرأة انه اي ذلك الرجل تزوجها عليه اي تزوج المرأة على ذلك المدعى فهما سواء اي يقضي بذلك المدعى بينهما نصفين لاستوائهما اي استواء الشراء والنكاح في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه ٤٠

وهذا عند أبي يوسف رح وقال محمد رح الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك الغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد ضمان أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة وكذا الهبة بشرط العوض وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه

هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء أما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالأسبق أولى كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده وعن هذا قال صاحب العناية في تقرير مسألة الكتاب فإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت المرأة أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء تقيد بالعبد بينهما انتهى وفي التبيين للإمام الزيلعي ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن إن شاء وإن شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى فهذا أي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رح الشراء أولى ولها على الزوج القيمة أي وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء يعني أن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم يجزه المرأة وإن قدمنا الشراء صح العمل بها إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه بأن لا يجيزه صاحبه فتعين تقديم الشراء أقول ههنا إشكال ظاهر وهو أن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إنما يتصور فيما إذا لم يؤرخا أو أما إذا أرخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى والمسألة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف يتم خلاف محمد رح ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم ير عن أحد تخصيص الخلاف بالصورة الأولى وقد تحمل بعضهم في دفعه فقال ويمكن أن يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين أن يقول الشهود مثلا كان العقد في أول الظهر من اليوم الفلاني وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر ولم يرد الشاهدين يشهدان على عقد مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فقال صاحب العناية وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف رح عما قاله محمد رح أن المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث إذ لا يندفع به ما ذكره محمد رح فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فيوجد العمل بالبينتين بقدر الإمكان بخلاف ما إذا سوينا بينهما انتهى أقول هذا البحث ساقط لأنه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى إذ لم يسم حينئذ ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلأبي يوسف رح أن يقول المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة إذ لو لم يكتف في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص هذا استحسان وفي القياس الهبة أولى وهو رواية كتاب الشهادات كذا في النهاية ومعراج الدراية وجه القياس قوله لأنها أي لأن الهبة تثبت الملك أي ملك العين والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة أكثر إثباتا فهو أولى وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون ولهذا قالوا إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وبحكم الهبة أي المقبوض بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى أي من عقد التبرع ولأن بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت إلا بدلا واحدا فكانت أكثر إثباتا فكانت أولى كذا في الشروح بخلاف الهبة بشرط العوض يعني لا يرد الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت أولى من الرهن لأنه بيع انتهاء أي لأن الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع إلى الهبة باعتبار الخبر أو تأويل العقد والبيع أولى من الرهن لأنه أي البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض أي فكذا الهبة بشرط العوض أولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فإن قلت الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فيكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم هي معاوضة انتهاء ولكن لكن المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا إلى المقصود بخلاف اللزوم في الصدقة فإنه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما في الحال نظرا إلى العقد ولا إلى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص في تعليله لأنه أي لأن صاحب التاريخ الأقدم أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه أي من الأول أي لم يتلق الآخر

قال ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد وأقاما بينة على تاريخين فالأول أولى لما بيناه أنه
أثبت في وقت لا منازع له فيه وإن أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء

ثم يتعلق على هذا قول أبي حنيفة رح وقول أبي يوسف رح آخرا وقول محمد رح أولا وأما على قول محمد رح آخرا فيقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ
الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة رح أنه يقضى بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات وعلى هذا قول أبي يوسف رح يقضى
للذي أرخ وعلى قول محمد رح يقضى للذي لم يؤرخ لأنه يدعي أولية الملك كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وسيأتي تمام بيانه في الكتاب إن شاء الله تعالى قال أي
القدوري في مختصره ولو ادعيا الشراء من واحد قال المصنف معناه من غير صاحب اليد أي معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد قال صاحب النهاية ليس في تقييده
بقوله معناه من غير صاحب اليد فائدة فإن في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره ولا بد أن يكون الجواب
كذلك لأنه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا فإن أرخا وتاريخهما على السواء أو لم يؤرخا فالدار بينهما
لأنهما استويا في الدعوى والحجة وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى لأنه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه أحد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت فتبين أن
الآخر اشتراها من غير المالك وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى تقليلا للنقض ما هو ثابت لأنا إذا جعلنا المؤرخ أولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير ولو أنا
قضينا للذي لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعدما ثبت الأمران بالبينة وإذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بأن ادعى رجل أنه
اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلا آخر وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه فإن لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى
بالدار بينهما وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخا وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى لما قلنا انتهى وقد اقتفى أكثر الشراح أثر صاحب النهاية
في مؤاخذة المصنف ههنا بالوجه المذكور وقال صاحب الكفاية قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لأنه قال أولا ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه
اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الأحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور ههنا فيثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد
أو من غيره في هذا الحكم انتهى أقول الحق ما قاله صاحب الكفاية وتوضيحه أن الإمام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين أحدهما ههنا والأخرى في أثناء
الأحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى من حيث قال هناك ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر
فصرف المصنف قوله الأول إلى ما إذا ادعيا من صاحب اليد وقوله الثاني إلى ما إذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازا عن التكرار على تقدير حمل الموضعين على التساوي
فلا غبار فيه أصلا والعجب ممن طعنوا فيه أنهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مر معناه من صاحب اليد إنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد
فهو لا يخلو إما إذا ادعيا الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب انتهى وذلك الكلام منهم اعتراف بأن معنى قوله ههنا ولو ادعيا الشراء
من واحد ادعياه من غير صاحب اليد إذ لا يجيء في الكتاب مسألة أن ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا وبأن فائدة التقييد ههنا الاحتراز
عن التكرار فكيف لم ينتبهوا لكون فائدة التقييد ههنا أيضا الاحتراز عن التكرار وأقاما البينة على تاريخين أي من ثمة أيضا
لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى أي فصاحب التاريخ الأول أولى لما بيناه أي في مسألة ما إذا ادعيا الشراء من
صاحب اليد أنه أي أن صاحب التاريخ الأول أثبت الشراء في وقت لا منازع له فيه أي في ذلك الوقت فاندفع الآخر به وإن أقام كل واحد منهما بينة
على الشراء من آخر كأن أقام أحدهما البينة على الشراء من زيد مثلا والآخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا فهما سواء قال صاحب النهاية ومعراج الدراية
ذكرا تاريخا واحدا أو لم يذكرا أو ذكرا تاريخين فالسابق أولى لإثبات الملك لبائعه في وقت لا يخاصمه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع كذا في المبسوط
انتهى وقد سلك صاحب العناية مسلكهما في شرح المقام حيث قال وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء انتهى وقال صاحب الكفاية قيد من الكافي أي سواء كان

لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى
قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع
واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره

تاريخهما واحدا او كان احدهما اسبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا هنا يتلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا ان الملك كان له فاذا اختلفا في التلقي منه واسبقهما تاريخا اثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضي له بذلك ولا يقضى لغيره بعد ذلك الا اذا ادعى التلقي منه والآخر لا يدعي التلقي منه انتهى وقد سلك الامام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز واقول انه في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسئلة هو اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين وكان احدهما اسبق تاريخا كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيخان وان ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر فادعى انه اشتراها من فلان وهو يملكها واقام البينة انه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فان القاضي يقضي بينهما فان وقتا فصاحب الوقت الاول اولى في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه لا يعتبر التاريخ وان ارخ احدهما دون الآخر يقضى بينهما انصافا انتهى وقال في البدائع اما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت واقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين وان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان احدهما اسبق من الآخر فالاسبق تاريخا اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وكذا عند محمد رح في رواية الاصول بخلاف الميراث فانه يكون بينهما نصفين عنده وعن محمد رح في الاملاء انه سوى بين الميراث وبين الشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء ايضا الا ان يوقتا ملك البائعين انتهى وذكر في الذخيرة ايضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها ثم اقول الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات ان كون صاحب التاريخ الاسبق اولى فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية وانه قول اكثر المجتهدين واكثرهم حمل مسئلة الكتاب على ما لا ينافيه اولى كما لا يخفى قال المص في تعليل المسئلة المذكورة لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا اي فيصير كان البائعين حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين يعني اذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر واقاما البينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك اي على تقدم ملك بائعه يعني ان كل واحد من المدعيين ههنا خصم عن بائعه في اثبات الملك له وتوقيت احدهما لا يدل على تقدم ملك بائعه لجواز ان يكون الآخر اقدم اي لجواز ان يكون البائع الآخر اقدم في الملك بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اي المدعيين اتفقا في هذه الصورة على ان الملك لا يتلقى اي لا يؤخذ الا من جهته اي من جهة البائع الواحد فحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه وهو الشراء لا الى اثبات الملك للبائع فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره قال صاحب العناية لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدمه شراء غيره انتهى اقول فيه نظر لان الكلام في توقيت احدى البينتين لا في اثباتها اليد فاللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون الثابت بالبينة الموقتة كالملك المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام وانما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين المشهود به بالبينة ولكن الآخر مشترك في هذا اللازم لثبوت شرائه ايضا بالبينة نعم بينهما فرق من حيث ان الاول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم متعين عندنا الآن والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراءه ايضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن بل يحتمل التقدم على الآخر والتاخر عنه الا ان هذا الفرق لا يجدي نفعا اذ انا لا نحكم في هذه الصورة ايضا لصاحب الوقت المعين ما لم يعرف انه اسبق من الآخر فالوجه في تعليل كلام المص ههنا ان يقال لان الشراء امر حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء غير الموقت يضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيتاخر عن شراء الموقت حكما وقد اشير الى هذا الوجه ههنا اجمالا في غاية البيان وشرح تاج الشريعة ومر منا التفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافي فتذكر ثم قال صاحب العناية

والذي ادعى الشراء من رجل آخر والهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم أرباعا لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق قال وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وهو رواية عن محمد رح وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة

ولقائل أن يقول حاصل الفرق بين المسألتين ما ذكره من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته وأما الباقي فمشترك بين المسألتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال من ثبت له الملك فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم له إلا أن يتبين تقدم شراء غيره والجواب أن لذلك مدخلا في الفرق لأن البائع إذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لأحدهما بالبينة تملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر وإن تقدم ملك فقد ارتضى به فيرجح بالوقت وأما إذا كان متعددا أمكن أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معا وفي ذلك تعارض أيضا فضعفت قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى أقول في الجواب بحث أما أولا فلأن قوله إن البائع إذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ممنوع لجواز أن يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد وعقد الوكيل كعقد الموكل فيسند عقده إلى الموكل مجازا كما ذكرنا في مقام نقلا عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال بتعين كذب إحدى البينتين وأما ثانيا فلأن قوله فيرجح بالوقت غير تام لأن الشك في ملك غير الموقت يستلزم الشك في ملك الموقت لأن تقدم أحدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم أحدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك في ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملكه أيضا ولا شك أن الوقت من حيث هو وقت لا مجال له في ترجيح الملك لأحدهما بل إنما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر فإذا كان هذا مشكوكا فلا مجال للترجيح به أصلا وأما ثالثا فلأن قوله فضعفت قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول لأن التعارض متى تضاعف لا يزيد شيئا على التساوي والتساقط فما يصلح للترجيح في مرتبة التعارض ينبغي أن يصلح له في سائر المراتب منه ولعمري أن صاحب العناية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ولكن ما أتى بشيء يعتد به كما عرفت وإن فيما ذكرناه من الوجه في تعليل كلام المص ههنا المندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر ولو ادعى أحدها الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر وأقاموا البينة قضي بينهم أرباعا وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا قوله في تعليلها لأنهم يتلقون الملك من باعتهم وفي بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التغليب لأن البائع واحد من الملكين الأربعة وكان المراد من مملكيهم وفي بعض النسخ من متهم وهو لا يلائمه لفظ يتلقون كذا في النهاية ومعراج الدراية فيجعل كأنهم أي الملكين حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق فيقضي بينهم أرباعا قال أي القدوري في مختصره وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى أي كان صاحب اليد أولى قال المص وهذا أي هذا الحكم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رح وعنه أي عن محمد رح أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه يعني أن هذا قوله الآخر الرجوع إليه في المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رح أنه رجع عن هذا القول وهو أن بينة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخا من بينة الخارج كانت أولى بعد انصرافه من الرقة وقال لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره إلا في النتاج وما في معناه لأن التاريخ ليس بسبب لأولية الملك بخلاف النتاج كذا في النهاية ومعراج الدراية قال المص رح في تعليل ذلك لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء قال بعض الفضلاء إنما يحتاج إلى البيان أقول في البيان لما لم يتعرض البينتان لجهة الملك جاز أن يكون جهة الملك أي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم في نفس الأمر فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما إذا أقامت البينتان بالتاريخ على الشراء من واحد فهما أسبق من الآخر حيث كان الأسبق أولى لتعرضه لسبق سبب ملكه حد الشراء حيث هو الشراء فلا يحتمل أن يكون الآخر أسبق في الملك ولهما أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة أي من ادعى على ذي اليد شيئا فأنكره ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه قبل قيام الخصومة قد مر قبل هذا قبول بينة ذي اليد في أن أعين في.

وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بيناه ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احدهما دون الاخرى فعلى قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احداهما
كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته

حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت بمنزلة بينة ذي اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى
انها لا تصح الا باثبات التلقي من جهته فتقبل لكونها الدفع كذا في النهاية والعناية وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما اي لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب
الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رحمه الله لا يعتبر الوقت لكانهما اقاما على مطلق الملك فيكون بينهما كذا في النهاية نقلا عن
الايضاح والمعنى ما بيناه وهو ما ذكره من الدليل في الطرفين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق اي من غير ذكر سبب ووقت احدهما اي احدى
البينتين دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى انما قيد بالتوقيت
لان الخارج وذو اليد اذا اقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق
بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ كذا في النهاية ومعراج الدراية لانه اقدم دليل على ما قاله ابو يوسف رحمه الله اي لان صاحب الوقت اقدم وصار كما في
دعوى الشراء اي فصار الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء اذا ارخت احداهما اي اذا ارخت احدى البينتين هناك كان صاحب التاريخ اولى
فكذا هنا والجواب ان الشراء معنى حادث فاذا لم يورخ حكم بوقوعه في الحال كان ما وقت اولى منه والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال كذا في غاية البيان
ولهما اي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها اي لتضمن البينة بتاويل الشاهد معنى الدفع لما مر آنفا ولا دفع هنا حيث وقع الشك
في التلقي من جهته اي من جهة ذي اليد لان بذكر تاريخ احدهما لا يحصل التيقن بان الآخر تلقاه من جهته لاحتمال ان الاخرى لو وقت كان اقدم تاريخا الا
ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع لا يستقيم لمحمد رحمه الله لانه
لا يقول بذلك في المسئلة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قوله الاول انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال فيه بحث
فان اولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقاني في غاية البيان انتهى اقول هذا الاعتراض ليس بشيء اذ ليس مراد المجيب
ان قول محمد رحمه الله في مسئلتنا هذه اعني اولوية الخارج فيما اذا وقت احدهما دون الاخرى يجوز ان يكون قوله الاول حتى ينافيه نص العلامة الاتقاني على انه قوله
الآخر بل مراده ان قول المصنف ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في مسئلتنا هذه يجوز ان يكون بناء على قول محمد رحمه الله الاول في المسئلة الاولى فلا يلزم
المسئلة الاولى على قوله الثاني هناك وتوضيح المقام ان لمحمد رحمه الله في مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضي للذي لم يوقت وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة
الانفراد على خلاف ما عليه ابو حنيفة رحمه الله ووجهه ان صاحب الوقت اسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى اولية الملك وقوله الآخر ان الخارج اولى وهذا مبني
على انه لا عبرة للتاريخ فكان الموقت لم يوقت فتكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا على ما هو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسئلة
مع ابي حنيفة رحمه الله كما انه في قوله الاول في المسئلة الاولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فاذا عرفت هذا فنقول الواقع
الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسئلة مع رعاية قوله الثاني في المسئلة الاولى لم يحتج الى ذكر المقدمة القائلة ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع
بل كفى ان يقال ان بينة ذي اليد لا تقبل عنده اصلا في غير النتاج وما في معناه لما مر من الدليل في المسئلة الاولى ولكن المصنف لما قصد الجمع بين ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله في دليل واحد يستغني عن ذكر دليل آخر لمحمد رحمه الله استدل على قول ابي حنيفة رحمه الله وقول محمد رحمه الله الآخر في هذه المسئلة بما يجمعهما مراعيا قول ابي حنيفة رحمه الله وقول
محمد رحمه الله الاول في المسئلة الاولى فلا حاجة الى ذكر تلك المسئلة هنا هو المراد بالجواب الذي ذكره صاحب العناية فاين هذا مما فهمه ذلك المعترض حيث قال لكن
البعض يجوز ان يكون الكلمة لابي حنيفة رحمه الله ووجه محمد رحمه الله غير مذكور هنا وقوله هو من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة

على هذا اذا كانت الدار في ايديهما او كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقّت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضاد احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما اذا اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له

ان شاء الله التوجيه في مثل هذا المقام مستبعد جدا من وجوه شتى فتبصر وعلى هذا اي على الخلاف المذكور اذا كانت الدار في ايديهما واقاما البينة على الملك المطلق فوقتت بينة احدهما دون بينة الآخر يعني لا عبرة للتاريخ عند هما والدار للمؤرخ عند ابي يوسف رح ولو كانت في يد ثالث اي ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما سواء اي فالخارجان سواء يعني تقضى بينهما نصفين عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اي الذي لم يوقت اولى لانه اي الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد كالاولاد والاكساب ورجوع الباعة بعضهم على البعض اي وبدليل رجوع الباعة بعضهم على البعض فان من اقام بينة على مطلق الملك في جارية مثلا واستحقها رجع الباعة بعضهم على البعض وكان مدعي مطلق الملك كان مدعيا الملك من الاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالمتيقن يعني ان العمل بالمتيقن راجح على العمل بالمحتمل كما لو ادعيا الشراء اي ادعياه من بائع واحد وارخ احدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ اولى كما مر ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضاده اي يزاحمه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره اي اعتبار التاريخ يعني يحتمل ان يكون تاريخ الذي ارخ سابقا على تاريخ صاحبه ويحتمل ان يكون متاخرا عنه فنزلناه مقارنا له رعاية للاحتمالين كذا في شرح تاج الشريعة وغيره فصار حكم هذه المسئلة كما لو اقاما البينة على ملك مطلق اي لم يذكرا التاريخ اصلا بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف رح كما لو ادعيا الشراء لانه اي الشراء امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيترجح جانب صاحب التاريخ لكون شراء صاحب التاريخ سابقا على شراء الآخر من زمان التاريخ لا محالة اقول الآن حصحص الحق من المصنف فانه قد كان استدل على مسئلة الشراء فيما مر بما هو في سمت دليل ابي يوسف رحمه الله ههنا وكنت تشكلت هناك واخترت ما ذكره صاحب الكافي هناك ثم انقلب ما ذكره المصنف في خاتمة الكتاب ههنا فتذكر قال اي القدوري في مختصره وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى سواء اقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان واما جواب القياس فالخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لوجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق اولية الملك بالنتاج فيثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه فكان بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق كذا في النهاية وكثير من الشروح ووجه الاستحسان ما اشار اليه المصنف بقوله لان البينة اي بينة ذي اليد قامت على ما لا تدل عليه اليد وهو اولية الملك بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له اي لذي اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينته دافعة تبين ان الحكم لم يكن الى حجة فلا يكون معتبرا كذا قرر في النهاية واكتفى به اقول يرد عليه ان وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكروا من وجه القياس لان لكل واحد منهما من جهة ولا لانه كل واحد منهما على اولية الملك بالنتاج لا ينافي ان تكون بينة الخارج اكثر اثباتا للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة اثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وعدم اثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على ما صرح به في وجه القياس فينبغي ان يكون بينة الخارج اولى بناء على زيادة الاثبات وقد كان صاحب النهاية والكفاية نبها على ذلك قرارا في تقرير هذا شيئا لا دفعه حيث قال فان قيل ان بينة الخارج اكثر اثباتا قلنا نعم كذلك الا ان في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير فكان اولى الا يرى انهما لو ادعيا الملك مطلقا وارخا وذو اليد اسبقهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى اقول ويرد عليه ان كون بينة ذي اليد مثبتة لاولية الملك

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء

على وجه لا يحتمل التملك من جهة البائع والشاري اثباتها النتاج الذي لا يتكرر وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج ايضا لان كلا منهما اذا اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسألة الكتاب وهنا وفيما اذا لم يؤرخا او ارخا فان . اذا ذكرا تاريخا مسألة اخرى لها اقسام واحكام تجيء كما يجيء في آخر هذا الباب فاذن لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسألتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذي ذكره هنا واعلم ان وجه الاستحسان انه لا يخلو عن شائبة اشكال هنا ما روى ابو حنيفة رحمه الله عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده ثم اعلم انه ذكر في الشروح اخذا من الذخيرة ان بينة ذي اليد على النتاج انما ترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعله نحو الغصب والوديعة او الاجارة او الرهن او ما اشبه ذلك واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد ببينته يثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج ببينته يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت بينة الخارج اكثر اثباتا فهي اولى انتهى ولكن قال عماد الدين في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يدي رجل اقام آخر بينة انها دابته اجرها من ذي اليد او اعارها منه او رهنها اياه وصاحب اليد اقام بينة انها دابته نتجت عنده فانه يقضي بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاعارة او الاجارة او الرهن والنتاج اسبق من الاعارة والاجارة والرهن فيقضي لذي اليد وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى وهذا هو الصحيح اي ما ذكر من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده اي يترك المتنازع فيه في يد ذي اليد لا على طريق القضاء اي لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك وجه قوله ان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين فصار مثل هذا تهاتر البينتان كما في مسألة كوفة ومكة على ما مر في اول هذا الباب ووجه صحة ما ذهب اليه العامة ان محمدا رحمه الله ذكر في الخارجين اذا اقاما البينة على النتاج انه يقضي بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد وكذلك قال لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما وسواقطها بيد الآخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضي بها وبالسواقط لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده والجواب عن قوله ان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفي رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز ان يعتمد سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع ان العين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملا يتعلق به اداء الشهادة بان عاين احد الفريقين عند تخصيص ما يشير الى الملك عند الفريق الآخر ثم عاين الآخر تصرفه فيه بعد الملك قبل شهادة الفريقين كذا هنا ومن هذا خرج الجواب عن مسألة مكة وكوفة لان القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملا يتعلق لكل واحد منهما اداء الشهادة لان المتعلق بالشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد من شخص احد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك اما هنا فبخلافه ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد بعده فعند عيسى بن ابان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا فيقضى لذي اليد قضاء

ذي اليد كان لكل واحد منهما ملك من جهة فيد اقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة
على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته
وكذلك اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج
يقضي له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وتنقض القضاء لانه بمنزلة نص والاول باجتهاد

تركنا هما ملك للخارج وعند العامة لا يجاب كذا في المبسوط والذخيرة ولو تلقى كل واحد منهما اي ولو اخذ كل احد من الخارج وذي اليد الملك من رجل على حدة
فكان هناك ملكان ثم اقاما البينة على النتاج عنده اي واقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج
في يد نفسه فيقضي به لذي اليد لان كل واحد منهما خصم عمن يتلقى الملك منه فكان المملكين حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضي ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا
ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان اي خارجا كان صاحب النتاج او ذا اليد لان بينته اي لان بينة صاحب النتاج
قامت على اولية الملك فلا يثبت اي فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته اي من جهة صاحب النتاج والغرض ان الآخر لم يتلق منه وكذا اذا
كان الدعوى بين خارجين بان ادعى احدهما الملك والآخر النتاج فبينة النتاج اولى لما ذكرنا من ان بينته تدل على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي
من جهته ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له اي للثالث الا ان يعيدها اي البينة ذو اليد فحينئذ يقضى له لان الثالث
لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فان عاد ذو اليد ببينة قضي له بها تقديما
لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضي بها للثالث قال في البدائع فرق بين الملك وبين العتق ان القضاء بالعتق على شخص واحد يكون
قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار ايضا
وجه الفرق ان العتق حق الله تعالى الا يرى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان حق العبد لقدر على ابطاله واذا كان حق الله
فالناس في اثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في
العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاء قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه
حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب لا بالانابة حقيقة او بثبوت النيابة شرعا او اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم
يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز انتهى وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة
على النتاج تقبل اي تقبل بينته وتنقض القضاء اي ينقض القضاء الاول صورته اما اذا اقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى
القاضي له بها ثم اقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له وينقض القضاء الاول كذا في النهاية والكفاية لانه بمنزلة النص اي لان اقامة البينة على النتاج
بمنزلة النص في الدلالة على الاولية قطعا فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص والقضاء ينقض هناك كذا ههنا وهذا استحسان
وفي القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وجه الاستحسان انه لم يصر مقضيا عليه لانه باقامة البينة
على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطأ فلا يكون مقضيا عليه كذا في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان ظاهر هذا يكون جوابا
عن المسئلة التي نحن بصددها فان عبارة المسئلة هكذا وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وتنقض القضاء وقد صرح فيها بكونه مقضيا عليه
بنقض القضاء وانكار كونه مقضيا عليه ينافيه ظاهرا فالاولى في الجواب ان يقال ان كونه مقضيا عليه لا يغير قبول البينة لان قبول البينة على النتاج تبين ان
الدافع لبينة المدعي كان موجودا في نفس الامر لكن لم يكن ظاهرا عند القاضي فاذا ظهر تبين خطأ القضاء الاول فلم يكن معتبرا فينتقض كالقضاء الظاهر
نعم قول الشراح فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى ترجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء
مصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فترجح باجتهاده بينة الخ

قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف وإن كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق

ما كانت قائمة حسية حال القضاء فلم يكن قضاؤه على اجتهاد فلما كان للخصوم أن يدفع البينة من ذي اليد فإذا أقام لم يدفع به نقض القضاء الأول انتهى أقول فيه
السؤال إنما كان كلامنا في أن المقضي عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وترجيح ابن أبي ليلى بينة الخارج فيما إذا ادعى كل
واحد من الخارج وذي اليد النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه إذ ترجيح بينة الخارج فيما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما نحن
فيه غير ثابت وقد تتبعت الكتب ولم أطلع على التصريح بذلك من أحد قط وما ذكره إنما هو من وجه جواب القياس الذي أخذ به ابن أبي ليلى لا بيان مأخذ الحكم
على التأمل قال أي القدوري في مختصره وكذلك النسج أي النسج كالنتاج في أنه لا يتكرر وكل حكم عرف في النتاج فهو في النسج كذلك وصورة المسألة أن رجلا أقام
رجل ثوبا في يد رجل أنه ملكه بأنه نسجه في ملكه وأقام على ذلك بينة وأقام صاحب اليد بينة مثل ذلك فإنه يقضي بالثوب لصاحب اليد كذا في النهاية في الثياب التي لا تنسج
إلا مرة واحدة كغزل القطن هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد أخرى كالخز وفي المبسوط النسج في الثوب موجب لأولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج في
الدابة إلا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد أخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل ثم ينسج ثانيا فحينئذ يقضي للخارج وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في معنى
النتاج قد تقدم أن القياس في دعوى النتاج ما ذهب إليه ابن أبي ليلى من أن بينة الخارج أولى وأن ما ذهبنا إليه من كون بينة ذي اليد أولى استحسان
تركنا القياس فيه بالسنة وهي حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج إلا ما كان في معناه من كل وجه وكل ما لا يتكرر من أسباب الملك
فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص كحلب اللبن أي كاتخاذ الجبن واللبد أي واتخاذ اللبد والمرعزي أي وكالمرعزي إذا شددت الزاء قصرت وإذا
خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر العنز كذا في المغرب وجز الصوف فإذا ادعى كل واحد
من الخارج وذي اليد أنه ملكه حلبه من شاته أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه في ملكه أو ادعى لبدا أنه ملكه صنعه في ملكه أو ادعى مرعزي أنها ملكه غزلها من غنمه
أو ادعى صوفا أنه ملكه جزه من غنمه وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضي بها لذي اليد في هذه الصور كلها لأن أسباب الملك فيها لا تكون إلا مرة واحدة فكان
في معنى النتاج من كل وجه فالتحقت به وإن كان يتكرر أي وإن كان سبب الملك يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق قال صاحب النهاية والمعنى فيه
أن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج فينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا
لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الأول فإن الثوب الذي لا ينسج إلا مرة لما صار لذي اليد بنسجه لا يتصور أن يكون للخارج
بنسجه فكان في معنى النتاج انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث إذ الظاهر أن السبب يراد به حكمه كما يجيء في هذه السطور وآنفا فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك
انتهى أقول كلامه هذا ساقط جدا أما الأول فلأنه لا يقضي هنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال إن السبب يراد به حكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة
إلى ذي اليد حتى كان المدعى للخارج بل إنما يقضي هنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها أكثر إثباتا كما في الملك المطلق فلم يعتبر الأسباب أصلا وإنما هو للخارج بخلاف
ما سيجيء بعد أسطر حيث يقضي هناك على قول محمد رحمه الله بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعى للخارج فيحتاج إلى الجواب بأن يقال إن السبب يراد
حكمه وهو الملك ولم يثبت الملك لذي اليد لم يكن للسبب مفيد الحكم بالنسبة إليه فلم يعتبر وسيتضح لك الأمر هناك إن شاء الله تعالى وأما الثاني
فلأن ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة لاعتبار الخارج فيما يتكرر من الأسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة بالاحتمال المشكوك بل هو مجرد بيان
كون دعوى الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على أولية الملك كالنتاج بل يحتمل أن
يثبت به الملك ثانيا كالملك المطلق وإنما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج أكثر إثباتا من بينة ذي اليد كما تحقق في مسئلة

وهو مثل الحرث والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج
لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد
البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يثبت اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه

دعوى الملك المطلق وهو ابطال بيانه ههنا وهذا سقطة الناقل وبالتعيين عن الاحاطة به نطاق البيان فان اشكل ذلك اي بعض قول المص وان كان يتكرر قضى به
للخارج حيث قال فيما ان الشراء سبب يتكرر مع ان بينة ذي اليد اولى فلا بد من الفرق اقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل
آخر فالحكم فيه كالحكم ما اذا ادعيا الملك المطلق بلا تعاوت بينهما على ما صرح به في عامة المعتبرات وذكره الشارح الاتقاني ايضا نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فلا اشتباه
هناك واما اذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذي اليد ليس كالمفروض في الكتاب فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو ان كلا من الخارج وذي اليد هناك يثبت
الاستحقاق على ثالث حيث ادعيا تلقي الملك من جهته كما صرحوا به وكان ما ادعياه سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك فيه
بخلاف ما نحن فيه ولعل في كلام المص ايماء الى ذلك حيث قال وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر ثم قال وان كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف
حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق وهو اي السبب المتكرر في الملك مثل الخز اي مثل نسج الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ
من وبره خزا كذا في المغرب قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب اي وزراعة الحنطة وسائر الحبوب فانه اذا
ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ثوبا انه ملكه نسجه من خزه او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او ادعى حبا
آخر من الحبوب كذلك واقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج في هذه الصور كلها لان اسباب الملك فيها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما
واما البناء فلانه يكون مرة بعد اخرى واما الغرس فكذلك اما الحنطة والحبوب فلانها تزرع ثم تغربل التراب فتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم يكن في
معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق فان اشكل اي خفي فان شكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى اهل الخبرة اي يسأل القاضي اهل العلم عن ذلك
العدول منهم ويبني الحكم على قولهم لانهم اعرف به قال الله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم يكفي والاثنان احوط كذا في النهاية نقلا
عن المبسوط والذخيرة فان اشكل ذلك على اهل الخبرة ايضا قضى به اي بالمشكل للخارج لان القضاء ببينته اي ببينة الخارج هو الاصل لان القياس العمل
ببينته والعدول عنه بخبر النتاج اي بحديث النتاج وهو حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل في وجه الاستحسان
فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل الذي هو القياس قال اي القدوري في مختصره وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه اي
من ذلك الخارج كان صاحب اليد اولى لان الاول اي الخارج ان كان يدعي اولية الملك وفي بعض النسخ ان كان يثبت اولية الملك فهذا اي صاحب
اليد تلقى منه اي تلقى الملك من ذلك الخارج وفي هذا لا تنافي كما لا يخفى فصار اي فصار حكم هذه المسألة كما اذا اقر بالملك له اي كما اذا اقر صاحب اليد بالملك
الخارج ثم ادعى اي صاحب اليد الشراء منه اي من الخارج قال صاحب النهاية ذكر في الفصول والحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا
ففي كل الصور الخارج اولى الا اذا اقام صاحب اليد بينة على النتاج او ارخا وتاريخ صاحب اليد اسبق وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب يترجح بينة
صاحب اليد ايضا وهي فيما اذا اقام الخارج البينة على الملك اقام صاحب اليد البينة على انه اشتراه من المدعي لان المدعي ان كان اثبت اولية الملك فهذا
تلقى منه فحصل من هذا ان بينة ذي اليد تترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلث التي ذكرها انتهى اقول لا يساعده والصورة التي ذكرت في الكتاب ذكر في الفصول
لانه فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول والحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا
ملكا مطلقا الخ وما ذكر في الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة الى الصورتين المذكورتين في الفصول
بطريق الاستثناء وجعل ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صورا ثلثا كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له لانه ان اراد ان ما يترجح فيه بينة ذي اليد

قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رض وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وعلى قول محمد رح يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع ولم يسلم
لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع
فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك وهنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق
فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب
وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح لجواز كل واحد من البيعين

على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق بهذه الصور الثلث فليس بصحيح كما لا يخفى وان اراد ان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق وغيره في هذه الثلث فليس بتام لان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر في هذه الصور الثلث بل متحقق في غيرها كما اذا ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا او ارخ احدهما اسبق على ما سبق في الكتاب قال اي القدوري في مختصره وان اقام كل واحد منهما اي الخارج وذي اليد البينة على الشراء من الآخر اي ما اقام الخارج البينة على انه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد واقامها ذو اليد على انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد بغير قضاء قال رضي الله عنه اي قال المص وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله يقضى بالبينتين ويكون اي ويكون الدار للخارج لان العمل بهما اي بالبينتين ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع اي ثم باع ذو اليد من الخارج ولم يقبض الخارج لان القبض دلالة السبق اي لان قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء كما مر اشارة الى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولا يعكس الامر اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعها اياه لان البيع قبل القبض لا يجوز يعني ان العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان اي وان كان البيع في العقار عنده اي عند محمد رح ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الاقدام على الشراء اقرار منه اي من المشتري بالملك للبائع فصار اي فصار الامر في هذه المسألة كانهما اي البينتين قامتا على الاقرارين اي على الاقرارين من الطرفين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هنا اي فيما نحن فيه ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك هذا دليل آخر لهما متضمن للجواب عما قاله محمد رح ان العمل بالبينتين ممكن يعني ان السبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وهنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق اي مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد نقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة ههنا مفيدا للحكم بالنسبة اليه فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده فلم يكن معتبرا فلم يكن العمل بالبينتين اقول للمطالب ان يطالب بالفرق بين مسألتنا هذه على قولهما وبين ما اذا اقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على النتاج ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند ائمتنا الثلثة على ما هو الصحيح بل يقضى ببينة ذي اليد بناء على ان البينتين استوتا في الاثبات وترجحت بينة ذي اليد باليد كما مر مع ما تراها هنا عين جامع الاشتراك في العلة المذكورة هناك فتامل في الفرق ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا اي اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب لعدم القضاء بشيء من العقدين عندهما وان كان احد الثمنين اكثر رجع بالزيادة كذا في شرح الكنز للزيلعي ثم ان هذا اي التقاص اذا كان المقبوض هالكا وان كان قائما وجب رده كذا في الكافي فان قلت تهاترت البينتان في الشراء عندهما ينبغي ان يكون كذلك في حق النقد لانه في ضمنه قلت امكن ان لا تقبل البينة في حق شيء وتقبل في حق شيء آخر كالمرأة اذا اقامت البينة على وكيل وجها بعلمها على تطليق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل كذا في شرح تاج الشريعة وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب اي لوجوب الثمن عند محمد رح فان البينتين لما قبلتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاصان للوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا اي البينتان بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه فتمثل الاقرار تهاتر الشهود وكذلك ههنا وعند محمد رح باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر لاحقا فاذا جاز البيعان لم يكن احدهما اولى من الآخر في القبول فتساقطا للتعارض فبقي العين في يد صاحب اليد كما كانت هو معنى قول المص لان الجمع غير ممكن عند محمد رح اي لان العمل بهما غير ممكن عنده لجواز كل واحد من البيعين مع عدم اولوية احدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالته فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض التعيين

بخلاف الأول وإن وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وإن أثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لأن البيعين جائزان على القولين وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر **قال** وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف **قال** وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف

بحيث متى لم يكن الترجيح ولا العمل على الحالتين سقط العمل بهما فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف وههنا أيضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقي العين في يد صاحب اليد كما كانت بخلاف الأول أي بخلاف ما إذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا ويبعد لاحتمال دلالة القبض على السبق إذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر هذا زبدة ما في جملة الشروح في حل هذا المقام أقول لقائل أن يقول لا يجوز أن يجمع بينهما ويجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما إذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا هناك بالعين بينهما نصفين كما مر في صدر هذا الباب وأيضا قلنا إذا ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم أنه اشتراها منه وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العين بنصف الثمن وإن شاء ترك وقد مرت هذه المسألة أيضا في هذا الباب وقد مرت فيه أيضا مسائل أخرى مشتركة في هذا الحكم أعني التنصيف بلا خلاف بين أئمتنا ولا يخفى أن ما ذكروا ههنا لترجيح محمد رحمه الله ينتقض بكل واحدة منها فتدبر وفي الكافي وما ذكر في المسألة من أنه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع لأن الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين بخلاف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما أنه لو شهدوا بالبيع والقبض تقضى بالبينتين عند محمد رحمه الله فيقضى بالدار لذي اليد لأن البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن لأن بينتهما أثبتا العقدين والقبضين فيجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها ثم الخارج باعها وسلمها انتهى وإن وقتت البينتان في العقار قيد بالعقار لتظهر ثمرة الخلاف كما ذكر كذا في النهاية ومعراج الدراية ولم تثبتا قبضا أي لم تثبت البينتان قبضا وفي بعض النسخ ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق أي والحال أن وقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما أي عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فإنه جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه أي بيع العقار قبل القبض عنده فبقي على ملكه أي فإذا لم يصح بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج وإن أثبتا قبضا أي وإن أثبتت البينتان قبضا والباقي من المسألة على حاله وفي بعض النسخ وإن بينتا قبضا يقضى لصاحب اليد أي بالإجماع فيجعل أن الخارج باع ذلك من بائعه بعدما قبضه لأن البيعين أي بالوجه المذكور جائزان على القولين أي على قولهما وقول محمد رحمه الله وإن كان وقت صاحب اليد أسبق والباقي من المسألة على حاله يقضى للخارج في الوجهين أي سواء أثبت البينتان القبض أو لم تثبتاه فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم إليه أي ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم إليه هذا باعتبار عدم إثبات القبض أو سلم أي سلمه ذو اليد إلى الخارج ثم وصل إليه أي إلى ذي اليد بسبب آخر من إجارة أو إعارة أو غيرهما هذا باعتبار إثبات القبض فعند جميع المشايخ الوجهين في تقريره هذا كما ترى فإن قلت بقيت من أقسام المسألة المارة صورتان لم تذكرا في الكتاب أحدهما أن وقتت البينتان وقتا واحدا وثانيهما أن توقت إحدى البينتين فقط ولم توقت الأخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما كحكم ما إذا لم توقتا أصلا نص عليه في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام قال أي القدوري في مختصره وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء أي الاثنان والأربعة من الشهود سواء لأن شهادة كل شاهدين علة تامة لوصولها إلى حد النصاب الكامل كما في حالة الانفراد في غير الشهادة في الزنا والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بقوة فيها أي في العلة ألا يرى أن الخبر لا يترجح بخبر آخر والآية لا تترجح بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة على ما عرف أي في علم أصول الفقه وكذلك الشهادتان إذا تعارضتا وإحداهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة ولا تترجح بزيادة عدد الشهود لأنها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد كمثل شهادة الآخر إلا أن يكون بعضها صفة للبعض إلى هنا لفظ النهاية قال أي القدوري في مختصره وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف

بینهما وتکون بینهما اثلاثا اعتبارا بطریق العول والمضاربۃ فصاحب الجمیع یضرب بکل حقه سهمین وصاحب النصف بسهم واحد فیقسم اثلاثا ولهذه المسئلۃ نظائر واضداد لا یحتملها هذا المختصر وقد ذکرناها فی الزیادات قال ولو کانت فی ایدیهما سلم لصاحب الجمیع نصفها علی وجه القضاء ونصفها لا علی وجه القضاء لانه خارج فی النصف فیقضی ببینته والنصف الذی فی یده صاحبه لا یدعیه لان مدعاه النصف وهو فی یده سالم له

بینهما تجعل الدار علی اربعۃ لحاجتنا الی حساب له نصف ولنصفه نصف واقل ذلک اربعۃ کذا فی الکافی وقالا ای ابو یوسف ومحمد رحمهما الله هی ای الدار بینهما ای بین المدعیین اثلاثا فاعتبر الطریق العول والمضاربۃ فصاحب الجمیع یضرب بکل حقه سهمین ای یاخذ بحسب کل حقه سهمین وفی المغرب وقال الفقهاء فلان یضرب فیه بالثلث ای یاخذ منه شیئا بحکم ماله من الثلث کذا فی النهایۃ ومعراج الدرایۃ وصاحب النصف بسهم واحد ای وصاحب النصف یضرب بکل حقه ایضا وهو سهم واحد اذ الدار تجعل سهمین لحاجتنا الی عدد له نصف صحیح واقله اثنان فیضرب صاحب الجمیع بذلک وصاحب النصف بسهم واحد فتقسم بینهما اثلاثا ای تقسم الدار بین المدعیین اثلاثا ثلثاها للمدعی الجمیع وثلثها للمدعی النصف واعلم ان اصل ابی حنیفۃ رح ان المدلی بسبب صحیح وهو ما یتعلق به الاستحقاق من غیر انضمام معنی آخر الیه یضرب بجمیع حقه کاصحاب العول والموصی له بالثلث فما دونه وغرماء المیت اذا ضاقت الترکۃ عن دیونه والمدلی بسبب غیر صحیح یضرب بقدر ما یصیبه لو لم یزاحمه والموصی له بالاکثر من الثلث واصل ابی یوسف ومحمد رحمهما الله ان قسمۃ العین متی وجبت بسبب حق کان فی العین کانت القسمۃ علی طریق العول کالترکۃ بین الورثۃ ومتی وجبت لا بسبب حق کان فی العین کانت علی طریق المنازعۃ کالفضولی اذا باع عبد رجل بغیر امره وفضولی آخر باع نصفه واجاز المولی البیعین فالقسمۃ بین المشتریین بطریق المنازعۃ ارباعا فعلم ان بین الاصلین عموما وخصوصا من وجه فیمکن الاتفاق بین الائمۃ الثلثۃ علی العول وعلی المنازعۃ ویمکن الافتراق فما اتفقوا علی العول فیه العول علی الترکۃ اما علی اصله فلان السبب لا یحتاج الی ضم شیء واما علی اصلهما فلانها وجبت بسبب حق فی العین لان حق الورثۃ یتعلق بعین الترکۃ وما اتفقوا علیه بطریق المنازعۃ بیع الفضولی اما علی اصله فلانه لیس بسبب صحیح لاحتیاجه الی انضمام الاجازۃ الیه واما علی اصلهما فلان حق کل واحد من المشتریین کان فی الثمن فتحول بالشراء الی المبیع وما افترقوا فیه مسئلتنا هذه فعلی اصله سبب استحقاق کل منهما هو الشهادۃ وهی تحتاج الی اتصال القضاء بها کما تقدم فلم یکن سببا صحیحا فکانت القسمۃ علی طریق المنازعۃ کما بین فی الکتاب وعلی اصلهما حق کل واحد من المدعیین فی العین یعنی ان حق کل منهما شائع فیها فما من جزء الا وصاحب القلیل یزاحم فیه صاحب الکثیر بنصیبه فلهذا کانت القسمۃ فیه بطریق العول کما ذکر فی الکتاب ثم اعلم ان اصلهما ینتقض بحق الغرماء فی الترکۃ من قسمۃ العین بینهم بسبب حق کان فی الذمۃ لا فی العین ومع ذلک کانت القسمۃ عولیۃ کذا فی المبسوط قال المصنف ولهذه المسئلۃ نظائر واضداد ای للمسئلۃ المذکورۃ اشباه حکم فیها ابو حنیفۃ رح بالمنازعۃ وصاحباه بالعول کما فی هذه المسئلۃ واضداد حکم فیها ابو حنیفۃ رح بالعول وصاحباه بالمنازعۃ علی عکس ما فی هذه المسئلۃ لا یحتملها ای النظائر والاضداد هذا المختصر یعنی الهدایۃ وقال وقد ذکرناها فی الزیادات فمن نظائرها الموصی له بجمیع المال وبنصفه عند اجازۃ الورثۃ والموصی له بعین بکلها وبنصفه لکن المال ان لم یکن للمیت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترک اذا ادانه احد المولیین مائۃ درهم واجنبی مائۃ درهم ثم بیع بمائۃ درهم فالقسمۃ بین المولی المدین والاجنبی عند ابی حنیفۃ رح بطریق العول اثلاثا وعندهما بطریق المنازعۃ ارباعا وکذا المدبر اذا قتل رجلا خطاء وفقأ عین آخر وغرم المولی قیمته اه کذا فی الکافی والشروح فتذکر الاصلین المذکورین یسهل علیک استخراج هذه الصورۃ قال ای القدوری فی مختصره ولو کانت فی ایدیهما ای لو کانت الدار فی ایدی المدعیین المسئلۃ بحالها سلم لصاحب الجمیع ای لمدعی الجمیع نصفها علی وجه القضاء وهو الذی کان بید الآخر ونصفها لا علی وجه القضاء وهو الذی کان بیده نفسه لانه خارج فی النصف ای لان صاحب الجمیع وهو مدعی الجمیع خارج فی النصف الذی بید مدعی النصف فیقضی ببینته ای بینۃ صاحب الجمیع فی حق ذلک النصف بناء علی ان بینۃ الخارج اولی من بینۃ ذی الید فتم دلیل قوله نصفها علی وجه القضاء وبقی دلیل قوله ونصفها لا علی وجه القضاء وهو قوله فالنصف الذی فی یده ای فی یدی صاحب الجمیع صاحبه لا یدعیه ای صاحب الجمیع ای خصمه وهو مدعی النصف لا یدعی ذلک النصف لان مدعاه ای مدعی صاحبه وهو مدعی النصف ای النصف وهو فی یده سالم له توضیحه ان دعوی مدعی النصف منصرفۃ الی ما فی یده لیکون یده ید محقۃ فی حقه لان حمل امور المسلمین علی الصحۃ واجب فمدعی النصف لا یدعی شیئا مما فی ید صاحب الجمیع لان مدعاه النصف وهو فی یده فسلم النصف

ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالماً بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده **قال** واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخاً وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال تشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لانه ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده

لمدعي الجميع بلا منازعة كذا في الكافي ولو لم ينصرف اليه دعواه اي ولو لم ينصرف دعوى مدعي النصف الى النصف الذي في يده كان ظالماً بامساكه اي كان مدعي النصف ظالماً بامساك ما في يده وقضيته وجوب حمل امر المسلم على الصحة فانتفت بخلافه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده اي واذا لم يدع مدعي النصف النصف الذي في يدي مدعي الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يدي مدعي الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ولصاحبه الاخر وبه القضاء ايضاً فثبت المدعى لمدعيه قال صاحب العناية الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين منصرف الى ما في يده كيلا يكون في امساكه ظالماً حملاً لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد انتهى اقول فيه نظر وهو ان انصراف دعوى مدعي الجميع من المدعيين الى ما في يده غير معقول لان الذي في يده الكل لا يتأتى المقدمة القائلة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد محل في هذه المسئلة والصحيح قول المص لانه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في اثناء الشروح ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذي في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه الى ما في يده لانه يدعي الكل وهو ليس في يده وايضاً لا يتم قوله كيلا يكون في امساكه ظالماً بالنسبة اليه لان الانسان لا يكون ظالماً بامساكه حقه وان كان في يد غيره ومدعي الكل يدعي ان جميع ما في ايديهما حقه فالحق ان الذي ينصرف دعواه الى ما في يده انما هو مدعي النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره وقد مر منا في اثناء شرح كلام المص قال اي القدوري في مختصره واذا تنازعا اي تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخاً وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى اي الذي يوافق سن الدابة تاريخه اولى من الآخر لان الحال تشهد له يعني ان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال فيترجح اي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه واعلم انه لا فرق في هذا بين ان يكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذي اليد ان كانت في يد احدهما ولهما ان كانت في ايديهما او يد ثالث كذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز وان اشكل ذلك اي سن الدابة كانت بينهما اي كانت الدابة بينهما نصفين لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً هذا الجواب في الخارجين فان كان احدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقتت البينتان وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد او كانت مشكلة قضيت بها للذي اليد اما لظهور علامة الصدق في بينته او سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا في المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كان سن الدابة بين الوقتين وذكر في الذخيرة في ذلك تهاترت البينتان عند عامة المشائخ و تترك الدابة في يد صاحب اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية وان خالف سن الدابة الوقتين قال الشارح اي في دعوى الخارجين اقول لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سنبين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضاً فتترك اي الدابة في يد من كانت في يده والظاهر ان هذا يعم الصور الثلث اعني ما اذا كانت الدابة في يد ثالث وما اذا كانت في ايديهما وما اذا كانت في يد احدهما اذ لا فارق بينهن في الوجه الذي ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة في التقييد المار وفي المبسوط من مشائخنا من قال تبطل البينتان والاصح ما قاله محمد رح من الجواب وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلاً وفيما اذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كان مشكلاً فلا شك فيه وكذلك اذا كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلاً وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين فهذا لو انا اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان ح وهي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق كذا ذكر في اكثر الشروح قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وهذه الرواية مخالفة لما ذكره ابو الليث

الوقت

قال وإذا كان العبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما **فصل في التنازع بالأيدي**
قال وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لأنه أظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا

عن محمد رحمه الله أنه قال إذا كان سن الدابة مشكلا يقضي بينهما نصفين وإن كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الأصح وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء لأن مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بالإجماع والاتفاق الفريقين على استحقاقهما على ذي اليد غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود الكذب انتهى أقول يمكن أن يجاب عن قوله وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء في قوله لأنه ليس بحجة مع وجود الكذب بأن الموجود كذب الوقتين لا كذب أصل البينتين فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار أصل البينتين وهو إثبات استحقاق المدعيين على ذي اليد فلا خارج لما في المبسوط ويرشد إلى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وإن خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكر في ظاهر الرواية لأنه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاترت البينتان قال وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا انتهى كلامه فتأمل تستقل إلى محمد رحمه الله في الجامع الصغير في كتاب القضاء وإذا كان العبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب والآخر بوديعة فهو بينهما أي العبد بين المدعيين لاستوائهما لأن المودع لما جحد الوديعة صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين **فصل في التنازع بالأيدي** لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما أن الأول أقوى ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى اليد قال أي القدوري في مختصره وإذا تنازعا أي تنازع اثنان في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه أي تصرف الراكب أظهر بأنه أي بالركوب يختص الملك يعني غالبا قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز بخلاف ما إذا أقاما البينة حيث يكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر إثباتا على ما بيناه وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجة والترجيح انتهى وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب أي في السرج أولى لأن العادة جرت بأن المالك يركب في السرج وغيرهم يكون رديفا كذا في الكافي وغيره واعلم أن ما ذكر في الكتاب من أن كون الراكب في السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطفي رحمه الله في الأجناس عن نوادر المعلى وأما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان كذا في غاية البيان والعناية بخلاف ما إذا كانا راكبين يعني في السرج حيث تكون أي الدابة بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف أما إذا كان أحدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها قال مشائخنا ينبغي أن يقضى للذي هو ممسك بلجامها لأنه لا يتعلق باللجام غالبا إلا المالك وأما الذنب فإنه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف فهو ذو اليد وإذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لأنه أظهرهما تصرفا أي لأن اللابس أظهرهما تصرفا كذا في الشرح ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما كذا في الشرح قال المصنف معناه لا على طريق القضاء أي معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لا على طريق القضاء وتعليل المسألة بقوله لأن القعود ليس بيد عليه أي على البساط حتى لا يصير غاصبا به فاستويا أي فاستوى المتنازعان فيه فيبقى في أيديهما لعدم المنازع لهما قال صاحب النهاية في حل هذا المقام لأن اليد على البساط لا يثبت إلا بأحد الطريقين إما بإثبات اليد عليه بالنقل والتحويل وإما بكونه في بيته ولم يوجد شيء من ذلك في البساط فإنه موضوع على

التعليق

قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة ولا يوجب زيادة في الاستحقاق

فارتة الطريق ولما علم انه ليس في يد غيرهما ولا في يد هما وهما يدعيان يقضي بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى اقول يرد عليه ان هذا الشرح اليس بالشرح لان المص رح قال معناه لا على طريق القضاء وهو يقول يقضي بينهما فبينهما تدافع ظاهر فان قلت يجوز ان يكون مراد المص لا على طريق قضاء الاستحقاق ومراد الشارح يقضي بينهما قضاء الترك ايضا اذ لا بد في قضاء الترك فلا تدافع بينهما قلت لا مجال لان يكون المراد بالقضاء بينهما هنا قضاء الترك اينما اذ لا يتصور قضاء الترك الا بعد ان يكون المدعى في يد المدعى عليه كما صرح به وذكره صاحب العناية ايضا هنا وكذا صاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما سيجي في مسئلة التنازع في الحائط حيث قال ومعنى القضاء بينهما انه اذا عرف كونه في ايديهما قضاء بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما فقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يده يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما لا انه يقضي بينهما انتهى فانه ليظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في ايديهما من جهة ان الاول فيما عرف كون المدعى في ايديهما والثاني فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم يتحقق يد واحد من المدعيين على ما تقرر آنفا فلم يعرف كون المدعى في ايديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك ايضا فلم يتم التوفيق المذكور وكان صاحب العناية تنبه لهذا فقال لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وجاز ان يكون يده على السواء فيترك في ايديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في ايديهما لكن فيه ايضا لا يخلو عن قصور لان استعمال الترك في اليد يقتضي سبق تحقق اليد وههنا ليس كذلك كما تبين فحق الكلام في هذا المقام ان يقال يجعل في ايديهما ويوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكرته فيما قبل لانه حينئذ يطابق الشرح المشروح ويطابق المقام مما نقلوا فيما سيجي في مسئلة التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في ايديهما بلا قضاء وايضا لا يبقى الحاجة الى ما ذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار اذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضي بها بينهما ولا الى ما ارتكبوا في وجه الفرق بينهما من التكلف كما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهم اذ يظهر حينئذ ان حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين ان لا يقضي بين المدعيين بالمدعى بناء على ان ليس لاحد منهما يد يصلح تعبير دليل الملك وسبب القضاء بل ان يجعل المدعى في ايديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما في الدعوى فتدبر قال اي محمد رح في كتاب القضاء من الجامع الصغير واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما اكثر تمسكا فلا توجب زيادة في الاستحقاق يعني ان مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان اذ لا ترجيح بكثرة العلل كما مر فصار كالوصية في بعير ولاحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة وكما لو اقام احدهما الاثنين من الشهود والآخر الاربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التي ذكرت من قبل لان الزيادة هناك ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كذا في العناية ثم ان هذا يدل على ان جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى انه له كان القول قوله لكن هذا اذا عرف ان مثل هذا الثوب كان له في العادة والا فلا لانه ذكر في المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا الرجل الذي على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له وان لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفي القدوري اذا كان خياط يخيط ثوبا في دار رجل تنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار وفي نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف رح رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالي اخذته من منزلي قال ابو حنيفة رح القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه ان كانت الثياب مما يلبسه وقال ابو يوسف رح ان كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شيء من الاشياء بان كان مثلا حمالا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت او كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الاسواق فالقول قوله ولا استحلف

قال وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لأنه أقر بأنه لا يد له حيث أقر بالرق وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما إذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره

قال وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليست بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال

قول لصاحب اليد إذا ادعاه مالا فلا فائدة في هذه المسائل أن صاحب اليد إنما يعتبر يده وإن كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك له عادة وإلا فلا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال أي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه أي يعقل ما يجري على لسانه كذا في الكافي وفي معناه قول الشراح أي يتكلم ويعقل ما يقول فقال أي الصبي أنا حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد على نفسه إبانة لمعنى الكرامة إذ كونه في يد غيره دليل الإهانة ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين إلا إذا سقط اعتبار يده شرعا حينئذ تعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم الأهلية بأن كان صغيرا لا يعبر عن نفسه أي لا يعقل أن يقول وقد يكون بثبوت الرق عليه لأن الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فإذا ثبت الضعف انتفت القدرة كذا في الكافي ولو قال أنا عبد لفلان أي لو قال الصبي الذي يعبر عن نفسه أنا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده إنه عبدي فهو عبد للذي في يده لأنه أقر بأنه لا يد له حيث أقر بالرق فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول للذي اليد أنه له ولا تنقطع يده إلا بحجة وشهادة الصبي ليست بحجة كذا في الكافي فإن قيل الإقرار بالرق من المضار لا مصلحة فيه وأقوال الصبي فيما غير موجبة وإن كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين فإن الصبي أبدا بعيد من المضار وبالقرب من المسار قلنا الرق ههنا لا يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد إلا أن معارضته إياه بدعوى الحرية لا تقرر يده عليه عند عدمها يتقرر كما في الصبي الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه كذا في الشروح وإن كان أي الصبي لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها أي عن نفسه هو بمنزلة متاع في أن لا يكون له يد على نفسه فكان يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله أنه ملكه بخلاف ما إذا كان يعبر أي بخلاف ما إذا كان الصبي يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فإن قيل ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فإن الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لا يصدق وههنا يصدق قلنا الفرق هو أن صاحب اليد إنما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لأنها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لأن الملتقط أمين في اللقيط ويد الأمين في الحكم يد غيره فإذا كانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يصح دعواه مع الشك فإن قيل وجب أن لا يصدق في دعوى الرق لأن الحرية ثابتة بالأصل إذ الأصل في بني آدم الحرية لأنهم أولاد آدم وحوا عليهما السلام وهما كانا حرين فكان ادعاء الرق أمرا عارضا فلا يقبل قوله إلا بحجة قلنا إنما هو الأصل إذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الأصل لأنها دليل الملك فيبطل به ذلك الأصل كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره فلا ينقض الأمر الثابت ظاهرا إلا بحجة قال أي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه أي أو هو متصل ببنائه ولآخر عليه أي على الحائط هرادي الهرادي بفتح الهاء جمع هردية بالضم فيهما وفي المغرب الهردية حصير الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الحردي ولا يقال هردي انتهى وفي الصحاح الحردي من القصب نبطي معرب ولا يقال الهردي انتهى وصحح في الديوان الهاء والحاء جميعا وكذا في القاموس قال في غاية البيان الرواية في الأصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير انتهى فهو أي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال أي هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لأن الحائط إنما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع

ولآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال
مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض هذا الحائط

عليه والآخر يعني صاحب الهرادي صاحب تعلق لا صاحب استعمال لأن الحائط لا يبنى لوضع الهرادي عليه والاستعمال يد وعند تعارض الدعويين القول
قول صاحب اليد فصار أي فصار الحائط في مسألتنا هذه كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق فإنها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز
كذا ههنا والمراد بالاتصال أي المراد بالاتصال المذكور في قوله أو متصل ببنائه مداخلة لبن جداره أي جدار صاحب البناء فيه أي في الحائط المتنازع فيه
ولبن هذا أي مداخلة لبن هذا أي الحائط المتنازع فيه في جداره أي جدار صاحب البناء وقد يسمى اتصال تربيع أي ويسمى اتصال مداخلة اللبن اتصال تربيع وتفسير التربيع إذا كان
الحائط من مدر أو آجر أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع
فيه وإن كان من خشب فالتربيع أن يكون ساجة أحدهما مركبة في الأخرى وأما إذا ثقب فأدخل لا يكون تربيعا كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام
وفي النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة وإنما سمي هذا اتصال التربيع لأنهما إنما يتصلان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى وكان
الكرخي يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لأحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط
المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد والمروي عن أبي يوسف رحمه الله أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطي أحدهما
يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا لأن الرجحان إنما يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه
من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه كذا في شرح الكنز للإمام الزيلعي وفي شرح الهداية لتاج الشريعة وهذا أي اتصال التربيع
شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه أي بعض بناء صاحبه على بعض هذا الحائط أي على بعض هذا الحائط المتنازع فيه فصار الكل في حكم حائط واحد وهذا النوع
من الاتصال وبعضه متفق عليه لأحدهما فيرد المختلف فيه إلى المتفق عليه ولأن الظاهر أنه هو الذي بناه مع حائطه فمداخلة أنصاف اللبن لا تتصور إلا عند
بناء الحائطين معا فكان هو أولى كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه إلى المبسوط أقول بقي لي ههنا كلام وهو أن الشراح حملوا المراد بالاتصال المذكور في
مسألتنا هذه على اتصال التربيع وتبعهم في هذا جماعة من ثقات المتأخرين كصاحب الكافي والإمام الزيلعي وشراح الهداية قاطبة وغيرهم حتى إن كثيرا من أصحاب
المتون صرحوا بتقييد الاتصال ههنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال والحائط لمن جذوعه عليه أو متصل ببنائه اتصال تربيع لا لمن عليه هرادي انتهى ولكن
لي وجه في التقييد ههنا لأن معنى مسألتنا هذه أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الهرادي وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادي وفي الحكم الثاني
أعني أولوية صاحب الاتصال من صاحب الهرادي لا احتياج إلى تقييد الاتصال بالتربيع بل كل واحد من نوعي الاتصال أعني اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان في هذا الحكم فإن الهرادي مما لا اعتبار
له أصلا بل هي في حكم المعدوم حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما على ما سيأتي في الكتاب وقد ذكر في معتبرات الفتاوى أنه
لو كان لأحدهما اتصال ملازقة ولم يكن للآخر اتصال [illegible] قال في الذخيرة ذكر الخصاف في النوادر [illegible] إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببناء أحدهما
إن كان اتصالهما اتصال تربيع أو اتصال ملازقة فإنه يقضى بينهما نصفين لأنهما استويا في الدعوى وفي الاتصال وأما إذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع
واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع أولى لأن صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه لأن قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا
من تفسير التربيع فكان لصاحب التربيع يد وذلك لتفسير الاتصال نوع استعمال وقد يتحرر الاتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان نظير
الراكب على الدابة مع المتعلق بلجامها ولو كان لأحدهما اتصال تربيع أو اتصال ملازقة وللآخر اتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فإنه يقضى لصاحب الاتصال
لأنهما استويا في حق الاتصال بأنا عن الملكية ولأحدهما زيادة اتصال من جانب [illegible] الاتصال [illegible] البناء فيترجح على الآخر انتهى وقال في البدائع ولو كان

وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلا وكذا البواري لأن الحائط لا يبنى لهما أصلا حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب إلى الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس أن يكون بينهما نصفين لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة

الحائط متصلا ببناء أحد المدعيين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالمتغير به ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب
الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع
حق وضع الجذوع انتهى فيتخلص من هذا أن فائدة تقييد الاتصال بالتربيع إنما تظهر لو كان للآخر اتصال ما زائدة كما ذكر في الذخيرة أو كان للآخر جذوع كما ذكر في
البدائع وأما إذا كان للآخر هرادي كما فيما نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقييد بل فيه إخلال بعموم جواب المسألة كما تبين مما ذكرنا فتنبه فإن كشف القناع عن وجه
هذا المقام مما انفردت به بعون الملك العلام قوله والهرادي ليس بشيء أي قول محمد رح في الجامع الصغير والهرادي ليس بشيء لأنه يدل على أنه لا اعتبار للهرادي
أصلا بل هي في الحكم المعدوم وكذا البواري لأن الحائط لا يبنى لهما أصلا أي إن الحائط لا يبنى لأجل الهرادي والبواري لأنه إنما يبنى للتسقيف وذلك
بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي والبواري وإنما يوضع الهرادي والبواري للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادي
وليس للآخر شيء فهو بينهما معناه إذا عرف كونه في أيديهما تقضي بينهما قضاء ترك وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه في يده يحلف [illegible] أيديهما
لأنه لا منازع لهما إلا أنه تقضي بينهما كذا في العناية وكذا في الشافية نقلا عن الذخيرة ويعرف منها الفرق بين قضاء الترك والعمل في اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه
فيما مر فلا نغفل عنه ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة أي لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما أي في أصل العلة
وهو أن يكون لكل واحد منهما أصل مقصود يبنى الحائط لأجله وفي نصاب الحجة وهو الثلاثة لأنها أقل الجمع ولا معتبر أي ولا اعتبار بالأكثر منها أي من الجذوع
بعد الثلاثة لأن الزيادة من جنس الحجة فإن الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى للأكثر منها قال في معراج الدراية قوله ولا معتبر بالأكثر منها أي من الثلاثة أقول
تفسيره ليس بسديد أما أولا فلأنه يقتضي أن يكون كلمة من في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما
عرف في موضعه وأما ثانيا فلأنه يستلزم أن يكون قوله بعد الثلاثة لغوا لأن ما هو أكثر من الثلاثة لا يكون إلا بعد الثلاثة فالصواب أن كلمة من ههنا تبيينية لا تفضيلية
وأن ضمير منها راجع إلى الجذوع كما أشرنا إليه فيما مر آنفا لا إلى الثلاثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالأكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلاثة فلا يلزم شيء من المحذورين
المذكورين وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو أي الحائط كله لصاحب الثلاثة وللآخر أي ولصاحب الجذع الواحد أو الاثنين موضع جذعه في رواية وهي رواية
كتاب الإقرار من الأصل حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الأجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه فالرواية بحق الوضع وقال في النهاية ثم اعلم أن هذا
فيما إذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلاثة لا بالبينة أما إذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على حائطه
كذا في المبسوط وغيره انتهى وفي رواية وهي رواية كتاب الدعوى من الأصل لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه إن الحائط بينهما على قدر الأجذاع
وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الإقرار أصح وقال قاضيخان الأصح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى كذا في التبيين للإمام الزيلعي
ثم قيل أي على هذه الرواية يعني اختلف المشائخ على رواية كتاب الدعوى في الحكم ما بين الخشب فقيل ما بين الخشب بينهما أي يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما
في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات على ما سنذكره وقيل على قدر خشبتهما أي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبتهما اعتبارا لما بين الخشبات
بما هو تحت كل خشبة ثم إن هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القول الأول وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير لأن
الحائط يبنى للخشبات لا للخشبة واحدة والقياس أن يكون بينهما نصفين هذا ناظر إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة إلى آخره يعني أن ذلك استحسان والقياس أن يكون الحائط
بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلاثة نصفين وهو رواية عن أبي حنيفة رح كما ذكر في الكافي وغيره لأنه لا معتبر أي لا اعتبار بالكثرة في نفس الحجة

ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس حجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى وجه الاول ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى ووجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله

يعني انهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم لكنهم استحسنوا في الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين كما في الهداية وغيره ووجه الثاني يعني المرجح للرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ولكن ذكر الشاني ان ما تأويل المقصد الذي هو الرواية بالفعل عام كما هو المشهور في نظائرها وما تأويل الرواية بالنقل والقول ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال قال بعض الفضلاء لم نظفر منه بما يرد به على اقول نظير ذلك بالتأمل فيه فان المراد ان الاستعمال من كل واحد يختص بقدر خشبته وهو ما تحت خشبته لا اليد والغير فلم يكونا مستعملين شيئا واحدا مع زيادة استعمال في احدهما بل كان كل واحد مستعملا لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الامر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة انما هو فيما اذا اتحد محل الحجتين ما يرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال وانا وجه رواية كتاب الدعوى ان الحائط اذا كان يستحق بوضع الجذوع فذلك الموضع الذي هو مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق في ذلك الموضع خاصة فكالدار الواحدة اذا كان فيها احد عشر منزلا عشرة منها في يدي رجل وواحد في يدي رجل آخر فان الدار بينهما يقضى لكل واحد منهما بما في يده كذا هنا انتهى ووجه الاول اي وجه الرواية الاولى وهي قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكير الاول لما ذكرنا في الثاني ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى بناء على ان الحائط يبنى للتسقيف والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بخشبتين وانما يحصل بالخشبة او الخشبتين اسطوانة او اسطوانتان فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع اي يبقى لصاحب الاقل حق وضع جذعه لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده يعني انا حكمنا بالحائط لصاحب الاكثر بالظاهر وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به لصاحب الاكثر يد صاحب الاقل حتى يرفع خشبته الموضوعة ومن الجائز ان يكون اصل الحائط لواحد ويثبت للآخر حق الوضع فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا ثم اعلم ان ما اختاره المص من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلث لامكان التسقيف بهما كذا في العناية وغيرها ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وقع فيه وجه الثاني كذا في العناية وقال صاحب النهاية ومن كيفية خروج من التخريج ما في النسخة الاولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى وما في الثانية ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكانهم لم يصلوا الى نسخة وقع في ذكر الدليل فيها وجه الثاني فتتبع فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى وجه الاول ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى لانه المقصود باليد كذا في الكافي ولان التصرف لا يكون بدون اليد واليدان اذا تعارضتا سلم التصرف عن المعارض فيصلح مرجحا كذا في شرح تاج الشريعة ورجح هذا شمس الائمة السرخسي ووجه الاول في بعض النسخ وجه الثاني وذلك ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله اقول يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لجواز ان يقضى بعض الشيء لواحد وبعضه الآخر لرجل آخر لما بالتجربة ان قبل القسمة وبالقسمة ان لم تقبلها كيف ولو اثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكا يقضى له به بلا شبهة مع قيام الحائط الآخر في ملك صاحب الاتصال فتبين ان تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكان صاحب العناية تنبه لهذا وقصد دفعه فعلل قول المص ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله بقوله لعدم الاشتراك ولكن يرد عليه ايضا انه ان اراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فمسلم ان صاحب الجذوع قائل به فانه يدعي ان الحائط المتنازع فيه له ولا يعترف بان الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال فيصير البناء المركب من هذين الحائطين مشتركا بينهما عنده وان اراد من المجتهدين فهو ايضا ممنوع فان من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب احدى الروايتين يقول بكون البناء المركب منهما

ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال وإذا ادعى الرجلان أرضا يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته

والحائط المتصل به مشتركا بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه أي على رواية أن الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال لما قلنا إشارة إلى قوله لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق ما في يد غيره قالوا ولو ثبت ذلك بالبينة أمر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق وهذه أي رواية أن صاحب الاتصال أولى رواية الطحاوي وصححها الجرجاني وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد ورجحها بما سبق لأن التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان بيده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين ثم اعلم أن الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذي وقع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه وأما إذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال أولى وعلى هذا عامة المشايخ كذا في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقال في الذخيرة وإن كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الإسلام أن صاحب الاتصال أولى وبه أخذ الطحاوي وهو قول الشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد وذكر شمس الأئمة السرخسي أن صاحب الجذوع أولى وقال فيما قبل هذا فإن كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به وعليه عامة المشايخ وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي كذا في النهاية وغيرها قال أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة بالسين المهملة وهي عرصة الدار بينهما كذا في معراج الدراية بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها أي استعمال الساحة وهو المرور فيها ووضع الأمتعة وصب الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة أيضا سواء ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لأنه صاحب الكثير ولكون صاحب القليل فيه دخولا وخروجا على أنا نقول الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وإن كان بعضها أكثر من بعض لأن الاستحقاق باعتبار أصل اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية أخذا من الكافي وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبة حيث يقضى لصاحب الثوب وما إذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة وأجيب بأن الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فالحق والشرب يحتاج إليه الأراضي دون الأرباب فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حقه فيه وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصارا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار كذا في العناية وإلى هذا أشار الإمام المحبوبي والإمام التمرتاشي كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية قال أي محمد رحمه الله في كتاب الأقضية من الجامع الصغير وإذا ادعى الرجلان أرضا يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما أقول في عبارة الكتاب ههنا مسامحة وكان الظاهر أن يقال حتى يقيم البينة أنها في يده لأن القضاء بأنها في يد واحد منهما إنما يتوقف على إقامة واحد منهما البينة أنها في يده لا على إقامتهما البينة أنها في أيديهما وإنما المتوقف عليها القضاء بأنها في أيديهما معا كما لا يخفى ويتجلى من التفصيل الآتي في الكتاب ولقد أحسن صاحب الكافي ههنا حيث قال لم يقض بأنها في يد أحدهما إلا بالبينة انتهى فإن هذه كلمة جامعة ههنا لأن اليد فيها أي الأرض غير مشاهدة لتعذر إحضارها فقد غاب عن علم القاضي وما غاب عن علم القاضي أي والذي غاب عن علمه فالبينة تثبته فلا بد من إقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به ولأنه جاز أن تكون في يد غيرهما ولو قضى لهما أو لأحدهما باليد لبطل حق صاحب اليد بلا حجة وإنه لا يجوز كذا في الكافي قال في الفوائد الظهيرية ههنا مسألة تغفل عنها القضاة وهي أنه لو ادعى أرضا والمدعى عليه يزعم أنها في يده وأقام المدعي بينته على الملك فالقاضي لا يقضي ببينته لجواز أن تكون الأرض في يد ثالث والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك وهذه حيلة ليحيلها القاضي في يد أحدهما فما لم يثبت كون الأرض في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضي إلا بمنع التعرض إن زعم

وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

قال واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا

فيسال لان اقراره حجة كذا في معراج الدراية وان اقام احدهما البينة اي على انها في يده جعلت في يده لقيام الحجة ويجعل الآخر خارجا كذا في الكافي وفيه كان قبول البينة لقيام على الخصم واذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف تقضى للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة كذا في حاشية الشروح قال صاحب العناية وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود يعني فيجوز ان يكون خصما انتهى وان اقاما البينة اي على انها في ايديهما جعلت في ايديهما لما بينا اشارة الى قوله لقيام الحجة وذكر الامام التمرتاشي فان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله كذا في الشروح فلا يستحق بصيغة المجهول اي فلا يستحق اليد لاحدهما من غير حجة قال بعض الفضلاء لا يخفى عليك ان هذا الكلام في غير محله اقول انما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وان اقاما البينة الخ اذ لا ارتباط بينهما او على قوله لان اليد حق مقصود اذ يلزم الفصل بينهما باجنبي واما اذا كان متفرعا على مجموع ما ذكر في مسائل هذه من قوله واذا ادعى الرجلان ارضا الى ههنا بان كان تذنيبا للكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى فان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر يعني اذا ادعى كل واحد منهما ارضا انها في يده وقد كان احدهما قد لبن فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب كذا ذكره فخر الاسلام

باب دعوى النسب لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول لانه اكثر وقوعا وكان اهم ذكرا قال اي القدوري في مختصره واذا باع جارية بولد فادعاه البائع اعلم ان صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء الكلام اخذا من غاية البيان اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب انتهى اقول يرى فيه اختلال من وجهين الاول انه قسم ادعى البائع او المشتري ولد الجارية المبيعة الى ثلثة اوجه وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وقسم كل وجه منها الى اربعة اوجه وهي ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعيا معا او على التعاقب فيلزم منه ان يكون الشيء قسيم قسمه حيث جعل ادعى البائع او المشتري مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من اقسامه الثلثة والثاني ان كلمة او الداخلة على المشتري في قوله ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري تابى دخول ادعائهما معا او على التعاقب في المقسم فكيف يكون هذان الوجهان داخلين في اقسام ذلك المقسم ويمكن ان يجاب عن الاول بان المقسم ادعى البائع او المشتري مطلقا اي اعم من ان يدعي احدهما منفردا او مع الآخر بالمعية او التعاقب والقسم ادعى احدهما وحده او ادعاهما معا او على التعاقب فيكون قسم المقسم اخص من المقسم باعتباره وعن الثاني بان يحمل كلمة او المذكورة على منع الخلو دون منع الجمع الا ان الاولى عندي في بيان الضابطة ههنا ان يقال اعلم ان الجارية اذا بيعت فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه من الاوجه الثلثة على اربعة اوجه لانه ان ادعى ذلك الولد البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع وقد ادعاه البائع وحده وهو المراد في الكتاب فهو اي الولد ابن البائع وامه اي ام الولد ام ولد له اي للبائع وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوة البائع باطلة لان البيع اعتراف منه اي من البائع بانه اي الولد عبد فكان اي البائع في دعواه مناقضا والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه

ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا و
ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد
لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق
وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد
والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه

اي ولو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها ولا نسب بدون الدعوى اي ولا ثبوت النسب بدون الدعوى الصحيحة وجه الاستحسان اي وجه الاستحسان الذي
تعمل به في هذه المسألة ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه يعني انا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد
من البائع لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير منها ومن ولدها ومبنى النسب على الخفاء هذا جواب عن التناقض وبيانه ان
الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له منه فيعفى فيه التناقض اي لا يمنع صحة الدعوى كما ان الزوج اذا اكذب نفسه بعد قضاء القاضي
بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض لمكان الخفاء في امر العلوق وصار كالمكاتب اذا اقام البينة ان مولاه كان
اعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته وتبطل الكتابة ولا يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق حيث ينفرد المولى به وكالمختلعة اذا اقامت البينة ان الزوج كان طلقها
ثلثا قبل الخلع فان بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به بخلاف دعوى البائع الاعتاق او التدبير بعد البيع فان كل واحد من
الاعتاق والتدبير فعل نفسه فلا يخفى عليه كذا في الفوائد واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد
لا يجوز ويرد الثمن اي وان كان منقودا لانه قبضه بغير حق فان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع كذا في الكافي وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته
وثبت النسب منه لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا تصح
البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول صحة التحرير من المشتري ظاهرة لان
الجارية مملوكة في الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به في النهاية وغيرها واما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة على ما مر في وجه الاستحسان
من انا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان مجرد حاجة الولد الى النسب كيف تفيد ثبوت النسب من المشتري
عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن ان يجاب بان تيقنا باتصال العلوق بملك البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من
البائع اذا ادعاه البائع واما اذا لم يدعه البائع فلا يجوز ان يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء
لحاجة الولد الى النسب فصارت علة صحة دعوة المشتري وثبوت النسب منه في هذه الصورة حاجة الولد الى النسب مع امكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء
ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال حتى لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على ان المشتري ادعاه وتزوجها
ثم اشتراها انتهى وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده اي بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتاويل الادعاء فدعوة البائع اولى لانها اسبق لما ذكرنا
قبل دعوة المشتري فالامر ظاهر واما اذا كانت مع دعوة المشتري فلما اشار اليه بقوله لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد يعني ان دعوة البائع
مستندة الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشتري مقتصرة على الحال لانها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت اولى ثم ان
ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقريره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال وجه الجواب ان دعوته دعوة استيلاد وهي لا تقتصر
الى قيام الملك في الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم
يصح اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة يعني ان الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك ههنا فلم تصح دعوته الا اذا
صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح وقول المشتري على التصديق ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه
فلا يثبت حقيقة العتق اي للولد ولا حقه اي ولا يثبت حق العتق وهو امومية الولد للام فيبقى الولد عبدا للمشتري ولا تصير الام ام ولد للبائع كما اذا ادعاه اجنبي

وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه لانه لم يصدقه المشتري لاحتمال ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلابد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك **قال** فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا تتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية

آخر كذا في الكافي وغيره وهذه اي دعوة البائع ههنا دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله اي ليس من اهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه اعلم ان الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعي وهذه الدعوى تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطي فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعي وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطي لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق كذا في البدائع وان ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحت دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري دون البائع لانه كالاجنبي كذا في العناية وغيرها وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه اي في هذا الوجه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه اي في ملك البائع فلم توجد الحجة وهي اتصال العلوق بملكه يقينا فلابد من تصديقه اي من تصديق المشتري اياه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك اي ملك البائع وان ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صح دعوته لان دعوته صحيح حالة الانفراد وفيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله اولى وتكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي وهذا الذي ذكره اذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة اما اذا لم يعلم انها جاءت بالولد لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه في الفصل الاول ان ادعاه البائع وحده لا تصح دعوته الا ان يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان اكثر ما في الباب ان يكون العلوق في ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا لم يصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت وان ادعياه متعاقبا فان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ... قال في الكافي ولو تنازعا فالبينة للمشتري اي اذا باع امة فولدت عند المشتري فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بعتها مني لاكثر من ستة اشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق لان البائع يدعي انتقاض البيع والمشتري ينكر فان اقاما البينة فالبينة للمشتري ايضا عند ابي يوسف رح لانها تثبت زيادة مدة في الشراء وعند محمد رح البينة للبائع لانه يثبت نسب الولد واستيلاد الامة وانتقاض البيع فكان اكثر اثباتا انتهى فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر اي والحال انها جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح في تعليله لانها اي لان الامة تابعة للولد اي في هذا الباب على ما يجي بيانه ولم يثبت نسبه اي نسب الولد بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك اي لعدم حاجة الولد الى النسب بعد الموت فلا يتبعه استيلاد الام لعدم تصور ثبوت الحكم في التبع بدون ثبوته في المتبوع وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع هذا ايضا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح في تعليله لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع يعني ان الولد لما كان هو الاصل كان المعتبر تقاوده بحاجته الى ثبوت النسب لا الام فوات التبع لان تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس وانما كان الولد اصلا لانها اي لان الام تضاف اليه اي الى الولد حيث يقال ام الولد فانه اضافة الشيء الى الشيء امارة اصالة المضاف اليه وتستفيد الحرية من جهته عطف على قوله تضاف اليه اي وتستفيد الام الحرية من جهة الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تعتقها والثابت لها اي ولان الثابت للام حق الحرية وهو امومية

له حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير
متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل
فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة
ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد
وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح

الولد وله اي والثابت للولد حقيقتها اي حقيقة الحرية والادنى يتبع الاعلى دائما دون العكس فحق الحرية الذي هو الادنى تتبع حقيقة الحرية التي هي الاعلى دون العكس ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا من تمام لفظ القدوري الذي ذكر فيما مر آنفا قال المصنف لانه تبين انه باع ام ولده اي تبين بثبوت نسب الولد من البائع انه باع ام ولده وبيعها باطل وماليتها اي ولكن مالية ام الولد غير متقومة عنده اي عند ابي حنيفة في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله متقومة فيضمنها اي فيضمنها المشتري فاذا رد الولد ونهاية يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كيلا يجتمع البدل والمبدل ولا يجب عليه رد ما لم يسلم له وهي الام قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام هكذا ذكروا والحكم في قولهما كان ينبغي ان يرد البائع جميع الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون الاجر المسمى منه حصته بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى قال وفي الجامع الصغير ذكر رواية الجامع الصغير اعلاما بان الحكم في الاعتاق فيما نحن فيه كحكم الموت واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه اي فالولد ابن البائع يرد عليه بحصته من الثمن اي يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذي كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه ولا تصير الجارية ام ولد للبائع لانه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا في الشروح وسائر المعتبرات ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعوته اي دعوة البائع باطلة اي اذا لم يصدقه المشتري في دعواه كذا في الشروح ووجه الفرق انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت ان الاصل في هذا الباب الولد قال صاحب النهاية اي الاصل في باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب انتهى وقد اقتفى اثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول لا يخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى فالاوجه في التفسير ان يقال اي الاصل في باب الدعوة والاستيلاد هو الولد والام تابعة له على ما مر في مسئلة الموت آنفا وفي الفصل الاول وهو ما اذا ادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام وفي بعض النسخ وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو اي المانع ههنا العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد في الاصل وهو الولد لان امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه في الاصل فان قيل اذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة امه ام ولد للبائع فينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله وليس من ضروراته اي وليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته يعني ان ذلك وان كان من احكامه الا انه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه بجواز انفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ولد من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق كذا ذكره المصنف فيما يجيء في آخر هذا الباب فانه اي ولد المغرور حر اي حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه امة لمولاها فلا تصير ام ولد للمستولد بل يكون رقيقة حتى تباع في السوق وكما في المستولدة بالنكاح يعني اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا يثبت امية الولد كذا في غاية البيان ويطابقه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد امة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة ام ولده انتهى وكذا ذكره صاحب البدائع حيث قال كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية ام ولد له للحال الا ان يملكها بوجه من الوجوه قال صاحب النهاية والعناية في شرح قول المصنف وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امة انتهى اقول هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة

وفي الفصل الثاني ثم الامر بلا ثبوت وهو لولد ويمتنع ثبوته فيها في التبع ولهذا كان الاعتاق مانعا لان الاعتاق لا يحتمل النقض كحق
استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه

انتهى ذكر با قسم من قسمي ولد المغرور كما سنظهر مما ذكره المصنف في آخر هذا الباب وجهت عليه فيما تقرر ان قلنا وجه ان يذكر ما المصنف في مقابلة ولد المغرور كما في
فان قلت ان صاحبي النهاية والعناية فسرا ولد المغرور في قول الشرح كما في ولد المغرور بقولهما وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل فزعم انها ملكه فاستولدها
ثم استحقت انتهى فيكون المراد بولد المغرور في كلام المصنف احد قسميه وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين وبالذكر في مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل
بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما تفسير آخر فانه مع كونه تقييدا للكلام المطلق بلا مقتضى له مؤدى الى تقليل الاشتباه في مقام تكثير المناسب
الكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت
ما ذكر من الدعوة والاستيلاد فيه اي في الاصل وفي التبع لان امتناع الحكم في الاصل يوجب امتناعه في التبع ايضا وانما كان الاعتاق مانعا كالتدبير
الشرح اي وانما كان اعتاق المشتري الولد مانعا لدعوة البائع اياه وقال صاحب العناية اخذا من قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق
الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى اقول بل هذا بيان لمانعية عتق الام عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد
ثبوت النسب في حقه بدعوة البائع ايضا والمعنى انما كان اعتاق المشتري الام او الولد مانعا عن دعوة الاستيلاد او دعوة النسب فيما تمثل الفصلين معا
كما نادى عليه عبارات المصنف في اثناء البيان على ما ترى وفيما ذهب اليه الشارح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام
لانه اي لان الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استلحاق الولد وحق الاستيلاد يعني ان الاعتاق من المشتري كحق استلحاق نسب البائع في الولد وحق الاستيلاد من البائع في الام في ان ... استحقاقه
كل واحد منهما لا يحتمل النقض فاستويا اي استوى اعتاق المشتري وحق البائع استلحاقا واستيلادا من هذا الوجه اي من حيث انهما لا يحتملان النقض
فليس لكل من احدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه قال صاحب العناية ولهذا اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق
المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى بطل عتق المشتري وذلك لنقض العتق كما ترى واجيب بان التوأمين في حكم ولد
واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بعينه ورثته حال الاصل ثبوت النسب للآخر وللقائل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما
فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق
في الآخر لزم ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد انتهى اقول السؤال الاول وجوابه ما ذكره بعض الشراح ايضا ولهما وجه وجيه واما السؤال الثاني وجوابه
فمن مخترعاته وليسا بشيء اما السؤال فلان مراد المجيب عن السؤال الاول ان التوأمين في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على ان مدار النسب على العلوق
وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وليس مراده انهما في حكم ولد واحد في جميع الاحوال حتى يتوجه السؤال
كيف ومدار العتق على القيمة لا شك ان رقبتهما متغايرتان فلا يترتب على احدهما ما لا يلزم ان يترتب على الاخرى كما لا يخفى واما الجواب فلانه ان اراد انه
ان ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته كما اذا اعتق المولى بعض عبده على قول ابي حنيفة رح حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمته اي بقية الآخر اي السعاية في
بقية قيمته لمولاه فلا نسلم ان في ذلك ضررا زائدا اذ الضمان في مقابلة العتق لا يعد ضررا ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم
البائع ضمان ثمنه اي رد حصته من الثمن على المشتري فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد وان اراد انه ان ثبت العتق في الآخر لزم المشتري ضمان قيمته اي
الآخر قيمته فيعارض بالنسب ايضا قطعا فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشتري على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيلزم
ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوأمين ايضا والفرض خلافه ثم اقول بدل السؤال الثاني وجوابه ولقائل ان يقول ان كان الحكم

ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد كل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض

في التوامين كذلك كان عتق المشتري مما يحتمل النقض وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بان مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض انه لا يحتمله قصدا واللازم في مسألة التوامين احتماله النقض ضمنا وكم من شيء لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا وسيجيء في الكتاب هذا الفرق بين المسألتين ثم ان صاحب العناية قال بعد ما سبق من سواله الثاني وجوابه فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به انتهى اقول فيه بحث لان العذر الزائد الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود ايضا فلا معتبر به ايضا فلا يخلو الجواب عن معارضته قوله ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق يريد بيان رجحان ما في جانب المشتري الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة لان الحقيقة اقوى من الحق قال صاحب العناية ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس ترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان عندنا لا يملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن رتبة الحقائق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى اقول النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة قوله الصحيح واما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين اما النظر فلانا لا نسلم ان مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح الا يرى انا نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر اعتبار الرجحان لبعض على البعض بحاله وانما يظهر اثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى واما الجواب فلان المجتهد بخلافنا في مسألة تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم هو الشافعي وهو متأخر الزمان عن اجتهاد ائمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهد وافيه حتى تنحط بها الحقيقة عن رتبة الحقائق عند ائمتنا فيصح بناء الجواب عليه قوله والتدبير بمنزلة الاعتاق اي في الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته في ذلك الحكم على ما صرح به صاحب النهاية ومعراج الدراية في صدر مسألتنا هذه نقلا عن الامام التمرتاشي لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك قوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما يعني ان ما ذكر في الجامع من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله يرد كل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط والامام قاضيخان والامام المحبوبي في الجامع الصغير انه يرد حصة الولد من الثمن لا كل الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله ايضا بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري ابتداء فلم يعتبر زعمه وفي فصل الموت ما كذبه الحاكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن ثم اعلم ان الذي اختاره المصنف وصححه هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها ولكن قالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري فان قيل ينبغي ان لا يكون للولد حصة من الثمن بعد ورثة بعد قبض المشتري لا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما حدث بعد القبض من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه ههنا بالدعوة كذا في الشروح قال اي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ومن باع عبدا ولد عنده اي كان اصل العلوق في ملكه وباعه المشتري اي ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه اي الولد ابن البائع الاول ويبطل البيع اي يبطل البيع والثاني لان البيع يحتمل النقض وما له اي وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله اي لا يحتمل النقض فينتقض البيع لاجله اي لاجل ما للبائع من حق الدعوة قال المصنف وكذلك اي وكذلك الحكم المسألة السابقة الحكم اذا كاتب الولد اي اذا كاتب المشتري الولد او رهنه او آجره او كاتب الام اي كاتب المشتري الام فيما اذا اشتراها مع ولدها او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة اي ثم وجدت دعوة البائع لان هذه العوارض تحتمل النقض

فينقض ذلك كله لأن الدعوة تحتمل النقض بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر بخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب
من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كالاعتاق قال ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة
ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً لانه لا حبل لاقل
من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده ابنه ثبت نسبهما وبطل عتق المشتري
لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيثبت نسب الآخر
وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً لحق

كالبيع فينتقض ذلك كله اي ينتقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الاشارة والضمير بتاويل ما ذكر وتصح الدعوة لكونها مما لا يحتمل النقض واعلم ان هذه المسائل من مسائل المبسوط
ذكرها المص تفريعاً على مسئلة الجامع الصغير بخلاف الاعتاق والتدبير فانهما لا يحتملان النقض على ما مر آنفاً بخلاف ما اذا ادعاه اي الولد المشتري اولاً ثم ادعاه البائع
حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كالاعتاق اي كاعتاق المشتري قال صاحب العناية وللقائل ان يقول الثابت
بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان واما الدعوة من المشتري ومن البائع فيتساويان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب
عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد مستغن بما ثبت له
عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله في السؤال الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بان
قال فيه بحث فان الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية ايضاً بل حرية الاصل كما سيجيء انتهى اقول هذا مندفع لان حقيقة حرية الاصل انما تثبت بالدعوة للولد
ومراد صاحب العناية ان الثابت بالدعوة للبائع حقها لان مدار الكلام في جنس ما نحن فيه من المسائل على ان الترجيح هل هو في جانب البائع او في جانب المشتري
ولا شك ان الثابت بالدعوة للبائع على كل حال انما هو الحق وهو حق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام كما مر في الكتاب وتقرر فيما قبل
صاحب العناية ههنا بحق الحرية لتاديته الى الحرية وكذا الحال بالنظر الى دعوة المشتري فانتظم السؤال والجواب وان كان في تقريره نوع ضيق فتدبر
قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى نسب احد التوأمين التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توأمان
كما يقال هما زوجان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ويقال للانثى توأمة كذا في المغرب ولكن الامام شمس الائمة السرخسي ذكر في المبسوط ان ذكر التوأم مكان
التوأمين صحيح في اللغة حتى لو قال فلان وفلان توأم وغلامان توأمان كلاهما صحيح عند اهل اللغة كذا في النهاية وغيرها ثبت نسبهما منه اي ثبت نسب التوأمين
معاً ممن ادعى نسب احدهما لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا اي كونهما من ماء واحد لان التوأمين ولدان بين ولادتهما
اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً اي بعد ولادة الاول لانه لا حبل اقل من ستة اشهر لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني على
علوق الاول لانها اذا حبلت ينسد فم الرحم كذا في الكافي وغيره وكان المص لم يتعرض لمنع هذا الاحتمال لكونه امراً معلوماً في غير هذا الفن في الجامع الصغير قال
في العناية ذكر في رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في آخر بعد اعتاق المشتري انتهى وقال في معراج الدراية انما ذكر
الجامع لان فيه زيادة وهو قوله ولدا عنده وفيه اشارة الى كون العلوق في ملك المدعي انتهى اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه
المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهو ابناه وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فهو جائز ايضاً
كذا في العناية قال المص في التعليل لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه اي في ان يصادف العلوق
والدعوة ملكه فان في قوله ولدا عنده اشارة الى مصادفة العلوق ملكه وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوة ملكه ثبت به حرية الاصل حيث
لما ثبت نسب الولد الذي عنده اي ثبت حرية الاصل في هذا الولد فيثبت نسب الآخر اي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه واعتقه المشتري وحرية الاصل
فيه اي ويثبت حرية الاصل في ذلك الولد ايضاً ضرورة لانهما توأمان خلقا من ماء واحد فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل اي فبطل كل واحد من عتقه
وشرائه قال في الكافي وكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهي الحرية الثابتة بأصل الخلقة انتهى بخلاف ما اذا كان الولد واحداً حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري
بدعوى البائع فيه كما مر لان هناك اي في مسئلة الولد الواحد يبطل العتق فيه اي في الولد مقصوداً يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد مقصوداً

دعوة البائع وههنا ثبتت تبعاً لحريته لحرية الأصل فافترقا ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي
عنده ولا ينقض البيع فيما باع لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته

دعوة البائع وانه لا يجوز لما تقدم ان حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق وههنا اي في مسئلة التوأمين ثبتت تبعاً لحريته فيه حرية الاصل اي ثبتت بطلان اعتاق
المشتري فيما اشتراه تبعاً لحريته حرية الاصل لا مرية التحرير والضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله ثبتت والضمير راجع الى المشتري كذلك
وقوله حرية الاصل بدل من قوله حريته وانما ابدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحاً فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقاً بالرد والابطال
كذا في العناية اقول هذا الشرح صحيح الا انه يكون في كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتأخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى ان يقال وههنا ثبتت فيه
تبعاً لحريته حرية الاصل كما لا يخفى وكان متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المصنف وههنا اي ثبت بطلان
اعتاق المشتري بطريق التبعية بحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب غاية البيان يعني فيما نحن فيه ثبت بطلان اعتاق المشتري
لا مقصوداً بل تبعاً لثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه انتهى فان الظاهر مما بينوا من المعنى ان لا يكون قول المصنف فيه متعلقاً بقوله ثبت بل ان
يكون متعلقاً بمقدر وهو الكائنة او الثابتة على انه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد اقول لعل المحذور فيه اشد من الاول فان الحرية بعد ان تضاف الى الضمير الراجع
الى المشتري لا يبقى احتمال ان لا يكون فيه فيلزم ان يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكروه لغواً من الكلام وانما يتم ذلك المعنى ان لو كان كلام
المصنف وههنا ثبتت تبعاً للحرية فيه بدون الاضافة كما لا يخفى فافترقا اي فافترق ما نحن فيه من مسئلة التوأمين مما اذا كان الولد واحداً حيث لزم بطلان العتق هناك
اصالة وقصداً وفيما نحن فيه ضمناً وتبعاً وكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت اصالة وقصداً قال في معراج الدراية الى هذا اشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده
والسرخسي في جامعه وقال في النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا السؤال او نقول في مسئلتنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل نظهر بدعوة البائع انه ما
بيع من احد التوأمين اي اعتاق المشتري لم يلاق محله لانه ظهر انه كان حر الاصل وتحرير الحر باطل لان فيه اثبات الثابت وذلك لا يصح كما ذكرنا من الفوائد الظهيرية
ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يعني ان الذي ذكر من قبل اذا كان اصل العلوق في ملك المدعي ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها ثبت نسب الولد الذي
عنده اي ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر ايضاً ضرورة لان التوأمين لا ينفكان نسباً ولا ينقض البيع فيما باع
ولا يبطل عتق المشتري فيه لانه اي لان دعوة البائع ههنا دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لانعدام شاهد الاتصال اي لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعي حيث لم يكن اصل العلوق
في ملكه ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعي فيقتصر على محل ولايته اي اذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعي وصار كأن البائع
اعتقهما فيعتق من في ملكه عليه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع كذا في الكافي وقال
كثير من الشراح في شرح قول المصنف لان هذه دعوة تحرير الخ لانه لما لم يكن اصل علوقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازاً عن
قوله هو حر ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريراً مقتصراً على محل ولايته فكذا دعوة التحرير اقول يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله هو حر انه لو كان
كذلك لما ثبت نسب احد من الولدين منه لان المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام انه قد مر في كتاب العتاق
انه قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني فان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه
واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق فان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالاً للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في
حقيقته وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح لهم ان الكلام محال فيرد ويلغو ولابي حنيفة رح انه محال
بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته والعتق السبب ارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً ولان الحرية

قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد
برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري
على البائع باعتاق المشتري وكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف

لا ابنه لا بنوة في المملوك المشابهة في وصف ملازم من طرف المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء انتهى فعقد لخص من ذلك كله ان ثبوت النسب فيما نحن فيه
لقائل بهذا المعنى انما يكون في صورة واحدة من الصور الثلث المذكورة وهي ان يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب لكن يجري اللفظ
الصورة على حقيقته واما في الصورتين الاخريين فيصير اللفظ محمولا على مجازه ولكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب بمعنى اللفظ مجازا ثم
ما قاله هؤلاء الشراح قال اي محمد في الجامع الصغير واذا كان الصبي في يد رجل قال اي ذلك الرجل هو اي الصبي ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم
ابنه اي لم يكن ذلك الصبي ابن ذلك الرجل ابدا قال صاحبا النهاية ومعراج الدراية يعني سواء صدقه العبد الغائب او كذبه او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب
وقال تاج الشريعة يعني وان جحد العبد ان يكون ابنه اقول لا يخفى على الفطن انه يلزم على هذا المعنى استدراك قوله بعد وان جحد العبد ان يكون ابنه
سيما على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا ان يحمل على التاكيد تقريرا لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه وقد اشار صاحب العناية الى كون المعنى لم يكن ابنه ابدا اي وقت
من الاوقات لا حالا ولا استقبالا حيث قال في تقرير المسئلتين اذا كان الصبي في يد رجل فاقر انه ابن عبده فلان او ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه
لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا انتهى اقول الحق ان المراد ههنا هذا المعنى لوجوه احدها اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر
وثانيها ان الابد على هذا المعنى يكون على اصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير مصروفا عنه الى عموم الاحوال كما ترى وثالثها انه يظهر حينئذ
فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسئلتنا دون المعنى الاول فان المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر الى الاحوال المذكورة في المعنى الاول اعني
التصديق والتكذيب والسكوت عنهما اذ يتصور كل واحد منها اي كل واحد من تلك الاحوال في وقت ما فلا فائدة في التقييد بالغائب على ارادة عموم الاحوال
واما بالنظر الى الاوقات المذكورة في هذا المعنى اعني الحال والاوقات المستقبلة فهما اي المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب في
الحال لعدم علمه فيها اي بالاقرار المذكور ويتصور ذلك منه في الاستقبال بان يعلمه بعد ان يحضر بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود في الحال وفي الاستقبال الظاهر
بينهما فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبي ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر فلو
قال ما ولم يقيد بالغائب على ارادة عموم الاوقات لتبادر الى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضرا فقط ولما قيد بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند
كون المقر له غائبا عبارة وثبوته عند كونه حاضرا ايضا دلالة فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا يشترط لهذا الحكم ان يكون الصبي في يده
وذكره في الكتاب وقع اتفاقا نص عليه الامام الزيلعي في التبيين وهذا عند ابي حنيفة رح اي حكم المسئلة المذكورة على الاطلاق انما هو عند ابي حنيفة رحمه الله وفي المبسوط
لكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى كذا في النهاية ومعراج الدراية وقالا اذا جحد العبد فهو اي الصبي ابن المولى اعني اذا ادعى المولى لنفسه بعد جحد العبد
نسبه كذا في النهاية قال المص وعلى هذا الخلاف اذا قال اي اذا قال الذي في يده الصبي هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه هذه من مسائل المبسوط
ذكرها المص تفريعا كذا في غاية البيان لهما ان الاقرار اي الاقرار بالنسب هو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار فصار
كانه لم يقر احد وادعاه لنفسه والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض اي وان كان النسب لا يحتمل النقض الا يرى انه اي الاقرار بالنسب يعمل فيه الاكراه
والهزل حتى لو اكره على الاقرار بنسب عبده او اقر به هازلا لا يثبت النسب كذا لو اقر به هازلا فصار اي فصار حكم هذه المسئلة كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري قبل البيع
الاول وكذبه البائع ثم قال اي المشتري انا اعتقته يتحول الولاء اليه اي فانه يتحول الولاء الى المشتري [illegible] بخلاف ما اذا صدقه اي بخلاف ما اذا صدق
المقر له المقر في مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق لانه اي المقر يدعي بعد ذلك اي بعد تصديق المقر له اياه نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما

ما دام يجحده ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه
ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته
لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له
ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فبطل به بخلاف النسب على ما

ما دام يجحده ولم يكذبه بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق لانه تعلق به اي بالصبي حق المقر له على اعتبار تصديقه اي على احتمال تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه يعني ان الاحتمال بالنسبة الى التصديق تاثير انما هو فيما كان الاحتمال من جانب التكذيب تاثير في ولد الملاعنة ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق والاقرار بمثله اي بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته لا يرتد بالرد يعني ان ما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد اي لا يبطل بالتكذيب كمن اقر بحرية عبد انسان فكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الامام قاضيخان وذكر في الشروح فبقي اي فبقي الاقرار في حق المقر وان لم يثبت في حق المقر له كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة فتمتنع دعوته اي دعوة المقر بعد الرد ايضا كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة كالفسق والقرابة ثم ادعاه اي ثم ادعاه الشاهد لنفسه حيث لم يصح دعوته ثم اعلم ان الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد لم يصح انتهى فاتفق الحكم فيه فاما واما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي فقد ذكرها ايضا على هذا الخلاف حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهد انه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند ابي حنيفة رح خلافا لهما انتهى وهذا اشارة الى ان الاقرار بمثله لا يرتد بالرد لانه تعلق به اي بالنسب حق المقر حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه اي من المقر له ولما جاز ان يثبت النسب منه بعد التكذيب بقي له حق الدعوة ومع بقاء حقه لا تصح دعوة المقر كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه وكذا تعلق به حق الولد من جهة احتياجه الى النسب فلا يرتد برد المقر له لتعلق حقه وحق الولد هكذا ينبغي ان يشرح هذا المقام ولا يلتفت الى ما في النهاية وغيرها مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة ومسئلة الولاء على هذا الخلاف اشارة الى الجواب عن استشهادهما بمسئلة الولاء بانها ايضا على هذا الخلاف فلا تنتهض شاهدة لما قالاه وحجة على ما قاله ولو سلم اي ولو سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فجنى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالي الام لان الاب ليس من اهل الولاء وكان الولد ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه كذا روي عن عمر رضي الله عنه ذكره قاضيخان كذا في النهاية ومعراج الدراية وقد اعترض على الولاء الموقوف وهو الولاء من جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضة التصديق بعد التكذيب كذا في النهاية وغيرها ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك كذا في العناية واكثر الشروح وقال بعض الفضلاء فيه بحث لانه كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال في الكافي ان المشتري اذا اقر ان البائع كان اعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عليه انتهى ولا يخفى دلالته على ما علناه الى هنا كلام ذلك البعض اقول بحثه ظاهر السقوط لان المشتري انما اقر ولا بان ما اشتراه معتق البائع لا بانه معتق نفسه وقد كذبه البائع وهذا لا ينافي قيام الملك له في الحال اي في حال دعوى الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له في الحال لو كان اقر ابتداء بانه معتق نفسه لكن اقر بانه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس وما ذكر في الكافي فعلى تقدير تمامه يجوز ان يكون مبنيا على كون مسئلة الولاء ايضا على هذا الخلاف كما ذكره المصنف اولا حيث قال ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولا يخفى ان مبنى الكلام ههنا على تسليم كون بطلان الاقرار وتحول الولاء في مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ وحينئذ لا شك في قيام الملك للمشتري الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وبطل الكلام فيبطل به اي فيبطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الاقوى الذي هو دعوى المشتري بخلاف النسب يعني انه لا يبطل باعتراض شيء اصلا على ما مر اشارة الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعليه اكثر الشراح قال في الكافي بخلاف النسب كما مر في ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن

وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعوته باقراره بالنسب لغيره
قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر
لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام
مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها

لاحتمال تبعيته من الملاعن انتهى حمل عليه صاحب الكفاية مراد المص ايضا والحاصل ان النسب الزم من الولاء فان الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله اصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء وهذا اي اقرار البائع بنسب ابا عبده لغيره يصلح مخرجا اي حيلة على اصله اي على اصل ابي حنيفة رح فيمن يبيع الولد ويخاف عليه اي يخاف المشتري على الولد الدعوة بعد ذلك من البائع فيقطع دعواه اي فانه يقطع دعوى البائع باقراره بالنسب لغيره قال الامام المحبوبي صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يامن المشتري ان يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يامن المشتري من نقض البيع بالدعوى عند ابي حنيفة رح فان هذا يكون حيلة عنده وفي الفوائد الظهيرية الحيلة في هذه المسئلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن عبده الميت حتى لا يتاتى فيه تكذيبه فيكون مخرجا على قول الكل كذا في النهاية قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر وفي الفوائد الظهيرية وغيرها هو ابن النصراني اذا كانت الدعوتان معا فكان قوله معا اشارة الى ان دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبد المسلم كذا في النهاية قال المص لان الاسلام مرجح بكسر الجيم فيستدعي تعارضا يعني ان الاسلام مرجح انما كان الترجيح يستدعي تعارضا ولا تعارض اي لا تعارض ههنا لان التعارض انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة ههنا لان نظر الصبي ههنا اوفر يعني ان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرناه اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه اي وفي عكس ما ذكرنا الحكم بالاسلام تبعا اي ينال الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها اي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا راى اكثر الشراح في حل هذا المقام وهو التحقيق عندي ايضا بان يراد من نفي الكلام قال صاحب الغاية بعد شرح المقام بهذا المنوال ولقائل ان يقول هذا مخالف لما في الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا يرى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب هو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا لا نقول ان الايمان ليس خيرا على الاشتراك حتى يخالف بل نقول كما انه خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي فيما يقتضي الحكم بحريته انتهى اقول ليس مراد صاحب الغاية ان ما هنا مخالف للكتاب بمجرد دلائل الباب على ان صفة الايمان خير من صفة الاشتراك حتى ينفيه ما ذكره ذلك البعض بل مراده ان ما هنا مخالف للكتاب لدلالته على ان العبد المؤمن وان كان رقيقا خير من المشرك وان كان حرا بناء على كون الامة والعبد في قوله تعالى ولامة مؤمنة خير من مشركة وقوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك محمولين على ظاهرهما من الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف يعني ان المؤمن و لو كان مع خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدي نفعا مع الكفر ودناءة الرق لا تضر مع شرف الايمان انتهى فان الاظهر والاعلى كون الامة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وامته فانهما من الحر والحرة ايضا كما ذهب اليه صاحب الكشاف واضرابه حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين اي امرأة مؤمنة حرة كانت او مملوكة وكذلك ولعبد مؤمن لان الناس كلهم عبيد الله واماؤه انتهى فلان الرقيق المؤمن يندرج حينئذ في عبد مؤمن قطعا فيكون خيرا من مشرك وان كان حرا اولا انه ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على ان الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الايمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية تفهم المخالفة للكتاب وهذا توجيه كلام صاحب الغاية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور ثم قال صاحب الغاية ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لاباءهم يوجب دعوة الاولاد لاباءهم ومدعي النسب اب فلان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على الرحمة بالصبيان نظرا لهم كثرة فكان

ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين **قال** واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسألة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل

اقوى من المانع وكذا الاب الجحود والاصل عدم الابرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقطع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان الصبي بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى اقول فيه بحث لان كون مدعي النسب اولا اول المسألة قد ذكره ههنا مع دالي المصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض لثبوت شيء لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعدما كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو اول المسألة ايضا وقوله وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظر لان اكثرها فكانت اقوى من المانع كلام خال عن التحصيل جدا لان موجب المرحمة بالصبيان النظر لهم بما لا شبهة فيه لا صد لكن الكلام فيما لا يؤدي الى الالف بالكفر المانع عن الاسلام مساق للمرحمة بهم والنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت اقوى من المانع كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا في شرح قول المص ولا تعارض لان بين دعوى الرق ودعوى النسب بجواز ان يكون عبدا للواحد وابنا للآخر انتهى فكأنهما اخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حر ابن النصراني ان ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى والفرق انهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالاسلام لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه فيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعوتين اعني دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون عبدا للواحد وابنا للآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام انتهى اقول فيه نظر لان الذي يدعيه النصراني في مسئلتنا هو بنوة الصبي له لا الاطلاق نبوته له فان الذي يحكم به هو ثبوت نسب الصبي منه حرا كما صرح به في وضع المسألة لا ثبوت نسبه منه عبدا للآخر واللازم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل لما تصور التزاحم بينهما راسا ولا شك ان بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا يتم التقريب ثم ان في تحرير المص ههنا اخذا عن الحمل على هذا المعنى وهو ان قوله لان نظر الصبي في هذا اوفر آخر العمل ان يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى فكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المص فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير الا يرى ان الترجيح بالاسلام وانما هو في النسب لحظ الصغير ونظر الصبي في هذا اوفر انتهى واما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئا آخر وكانه غافل بالكلية واما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال فعلى هذا يكون قوله لان نظر الصبي في هذا اوفر دليلا على قوله فهو ابن النصراني لا دليلا على نفي المعارضة فقال هكذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه ان المص قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حر بقوله لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله لان نظر الصبي الخ دليلا على ذلك ايضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه ان يذكر بالواو اللهم الا ان يحمل الثاني على تعليل المعلل فتامل قوله ولو كانت دعوتهما اي دعوة المسلم والكافر دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين الى الصبي نوقض بغلام نصراني ادعى نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعى مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان مع ان بينة الاسلام اولى فلم يترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين ان استويا في اثبات النسب بالفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حق النفس ان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حق النفس اولى وفيه نظر لانه تضعف حق الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه يقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حق النفس كذا في العناية اقول للقائل ان يقول ان يقوى بهذا ذلك النص فقد يقوى رجحان الاسلام بالنص ايضا وهو قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة قال المص رح اقتفاء اثر عامة المشائخ في تقييد المسألة ومعنى المسألة ان تكون المرأة ذات زوج اي معنى هذه المسألة ان يكون المرأة ذات زوج فادعت انه ابنها من هذا الزوج وانكر الزوج ذلك لانها تدعي تحميل النسب على الغير وهو الزوج فلا تصدق الا بحجة يعني ان المرأة تقصد الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة وسبب لزوم النسب وان كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة ولا تثبت الولادة وتعيين الولد الا بحجة فلا بد لها من حجة كذا في الكافي وغيره بخلاف الرجل اي الرجل حيث يصدق في دعوى الولد

لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد فان النسب يثبت بالفراش القائم
وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رح وقد مر في الطلاق وان لم تكن
منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج
فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة ان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهما

من غير شهادة احد وان انكرت المرأة لانه يحمل نفسه النسب وفي بعض النسخ يحمل على نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها اي في دعوة المرأة في المسئلة المارة لان الحاجة
الى تعيين الولد بانه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فقبل فيه قول النساء اما النسب فيثبت بالفراش القائم يعني ان النسب يثبت
بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى يلزم الحجة التامة وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة فكانت حجة فيها ولو كانت معتدة
فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة اما اذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت
الى حجة تامة عند ابي حنيفة رح وهي شهادة رجلين او رجل وامرأتين الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فحينئذ يكفي في الصحيح شهادة امرأة واحدة
وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق فان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها اي من غير بينة احد لان فيها
الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة هذا ما ذهب اليه عامة المشائخ واختاره المص ومنهم من اجرى المسئلة على اطلاقها وقال لا يقبل
قولها سواء كانت ذات زوج او لم تكن عملا باطلاق ما ذكره محمد رحمه الله وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون
البينة وجه الفرق ان الاصل ان كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله
الا بالبينة وبيان هذا ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ولو
قال لها ان حضت فانت طالق فقالت حضت يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الاثبات بالبينة ففي ما نحن فيه يمكن للمرأة اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد
منها امر يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق والاحبال لمكان الاستتار والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج
اليها كذا في الشروح اقول فيه بحث اما اولا فلان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال الا انه يمكنه اثبات النسب اذ قد تقرر في كتاب الشهادة انه يجوز
للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع معدودة منها النسب وليس من ضرورة ادعاء الرجل لابنه ثبوت نسبه منه ثبوت وقوع
الاعلاق والاحبال منه البتة والا لما ثبت دعوة البنوة من الرجل اصلا اذ لو كان هناك تنازع شرعي اذ لا يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال قطعا مع ان
مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد واثباتها بالبينة اكثر من ان تحصى فظهر ان المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق و
الاحبال منه فلما امكنه اثبات نسبه منه لزمه ايضا اقامة البينة على الاصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم التقريب واما ثانيا فلان الوجه المذكور للفرق لا يدور ما لا يجري
في مسئلتنا لان كون المدعي مما لا يمكن للمدعي اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة اذا وجد هناك من ينكره ويكذبه كما في الصورة المذكورة للبيان اي اوجد فيها المنكر
في مسئلتنا وان كان مما يمكنه اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة كما بين الا انه مما لم ينكره احد لان كلامنا فيما اذا لم يوجد من يكذبها بان لم تكن
منكوحة ولا معتدة ولهذا قال المص في تعليل المسئلة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها الى اقامة البينة فتدبر وان كان لها
زوج وزعمت انه ابنها منه اي ادعت ان الولد ابنها من ذلك الزوج وصدقها اي وصدق الزوج اياها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة اي وان لم تشهد امرأة على
الولادة يعني لا حاجة ههنا الى شهادة القابلة لانه اي الزوج التزم نسبه اي نسب الولد فاغنى ذلك عن الحجة لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المرأة وليس
فيه تحميل النسب على الغير مع دعوى المرأة اولى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير وان كان الصبي في ايديهما اي في ايدي الزوجين فزعم الزوج انه ابنه من
غيرها اي زعم الزوج ان الصبي ابنه من امرأة اخرى سواها وزعمت انه ابنها من غيره اي زعمت المرأة انه ابنها من زوج آخر كان لها فهو ابنهما اي ان الصبي ابنهما معا
هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه اما ان كان يعبر عن نفسه فالقول له ايهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح الطحاوي

لأن ظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لأن المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لأن النسب لا يحتمل الشركة **قال** ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم لأنه ولد المغرور فإن المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولأن النظر من الجانبين واجب

ثم إن هذه المسألة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير أيضا قال المصنف في تعليلها لأن الظاهر أن الولد منهما أي من الزوجين اللذين كان الولد في أيديهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما أقول فيه شيء وهو أن قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد وإنما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد أي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ولهذا لم تصح دعوة امرأة ذات زوج صبيا أنه ابنهما إذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفا في مسئلتنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك فتأمل ثم كل منهما أي من الزوجين يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه أي على صاحبه يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه حيث لا يصدق واحد منهما في إبطال حق صاحبه بل يكون الثوب بينهما فكذا هنا إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر أي يعمل للتقرير بينه وبين المقر له نصفان لأن المحل وهو الثوب يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها اعلم أن المناقضة في دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى حتى أن الصبي إذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح فإن قالت بعد ذلك هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا أن المناقضة لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الإمام التمرتاشي وذكر في الإيضاح أن دعوى النسب مما لا يبطل بالتناقض لأن التناقض إنما يكون بين المتساويين لا متفاوتين فإن دعوى النسب أقوى من النفي وذكر فيه أيضا إذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لأن سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبي فلا يقبل تصادقهما على إبطال النسب كذلك لو كانت المنكوحة أمة أو كان النكاح فاسدا لأن الفراش قد وجد كذا في النهاية ومعراج الدراية أقول الذي نقل عن الإيضاح أو لأن تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر سنذكره في فصل **قال** أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده يعني ولدت ولدا من المشتري فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم الخصومة وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أي سبب كان وكذا إذا تزوجها على أنها حرة فولدت ثم استحقت نص على ذلك الإمام الزيلعي رحمه الله في شرح الكنز وغيره من أهل الكتاب لأنه ولد المغرور فإن المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين بأي سبب كان مثل الشراء والهبة والصدقة والوصية كذا في معراج الدراية وغيرها أو نكاح عطف على يمين المعنى أو معتمدا على ملك نكاح فتلد منه أي تلد المرأة من الذي يطؤها ثم تستحق بأن يظهر بالبينة كونها أمة ههنا تم تفسير ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حر الأصل إلا أن الخلاف بين السلف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني إن كان الولد غلاما فعلى الأب غلام مثله وإن كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه عليه قيمة الولد وإليه ذهب علماؤنا لأنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتأويل حديث عمر رضي الله عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية كذا في النهاية أقول فيه على ظاهره أن اختلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رضي الله عنه بضمان مثله دون قيمته ينافي ما ذكره المصنف من أن ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة فكيف يصح ما ذكر في النهاية لأن يكون شرحا وبيانا لما ذكره المصنف ويمكن الجواب عنه بأن يقال إن اختلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال أن يكون المراد بحديث عمر رضي الله عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية فحاصل الشرح والبيان ههنا أن السلف وإن اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من أقوالهم إلا أن الخلاف مرتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر رضي الله عنه حملا على وفق ما يقتضيه النص الدال على أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل ولأن النظر من الجانبين واجب أي المغرور بنى أمره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر والمستحق زال الولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر أيضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الإمكان وذلك بأن يجعل حق المستحق في معنى المملوك ويجعل حق المغرور في صفته

فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا اعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله له كسلامته له ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه

كذا في الكافي فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ودفعا للضرر عنهما ثم الولد حاصل في يده اي في يد المغرور من غير صنعه اي من غير تعديه كذا في العناية فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فانه امانة في يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب الا بالمنع فلهذا اي فلان المغرور لا يضمن الولد الا بالمنع يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع وذكر في شرح الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضاء لان الولد انما يعلق في حق المستولد حرا ويعلق في حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه من العين الى البدل الا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء وكذلك كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم اعلم ان ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا اما اذا كان مكاتبا او عبدا ماذونا له في التزوج يكون ولده عبد المستحق خلافا لمحمد رحمه الله وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان ولو مات الولد يعني لو مات ولد المغرور قبل الخصومة لا شيء على الاب اي ليس على الاب شيء من قيمته لانعدام المنع اذ المنع انما يتصور بعد الطلب فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته كذا في الكافي وكذا لو ترك مالا اي وكذا لو ترك ولد المغرور مالا ميراثا لابيه فاخذه ابوه لا يجب على الاب للمستحق من قيمة الولد شيء لان المنع لم يتحقق لا عن الولد لما مر ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه والمال لابيه لانه اي الولد حر الاصل في حقه اي في حق ابيه كما مر فيرثه فان قيل الولد وان كان حر الاصل في حق ابيه الا انه رقيق في حق مدعيه فينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما قلنا الولد علق حر الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها كذا في الشروح والكافي اقول يافي هذا الجواب ظاهر ما ذكر في شرح الطحاوي على ما نقلناه آنفا فليتامل في التوفيق او الترجيح ولو قتله الاب يغرم قيمته اي قيمته لوجود المنع بالقتل وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته اي فاخذ الاب ديته لان سلامة بدله له اي لان سلامة بدل الولد وهو ديته للاب كسلامته اي كسلامة الولد نفسه ومنع بدله كمنعه اي ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا واما اذا لم ياخذ الاب ديته من القاتل فلا يضمن شيئا لانه لم يمنع الولد اصلا اي لا حقيقة ولا حكما نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير وذكر في المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لم يتحقق فيما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد كذا في النهاية والكفاية ويرجع بقيمة الولد على بائعه اي ويرجع الاب بما غرم من قيمة الولد على بائعه لانه اي بائعه ضمن له اي للمشتري سلامته اي سلامة المبيع عن العيب لا عيب فوق الاستحقاق كذا في معراج الدراية ويساعده تقرير صاحب النهاية اقول يرد على ظاهر هذا الشرح انه لا شبهة في ان البائع ضامن للمشتري سلامة المبيع عن العيب الا ان المبيع في مسئلتنا هي الام دون الولد فلا يتم التقريب فكان كثير من الشراح قصدوا دفع هذا فقال الاتقاني في بيان قول المصنف لانه ضمن له سلامته يعني ان الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه انتهى اقول يرد على هذا الشرح ان البائع انما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه الموجودة عند البيع لا بجزئه الذي يحدث بعد البيع لان مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح ادخال المعدوم في عقد البيع اصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ولا شك ان الولد في مسئلتنا مما حدث بعد البيع والحق عندي في هذا المقام ان يطرح حديث الجزئية من البين ويقال في بيان مراد المصنف من قوله المذكور ان البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذي هو الام عن العيب فان كون الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق يستلزم كون الجارية ايضا لان من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها حر الاصل من غير ان يستحقه احد وكان سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته كما يرجع بثمنه قال صاحب الكفاية اي بالثمن الذي اداه المشتري الى البائع فالضمير للمشتري وقيل ثمن المشتري اذا استحق او ثمن الولد قصورا شراؤه ويستحقه احد انتهى واختار صاحب العناية من بين هذه المعاني الثلثة اعني الوسطاني حيث قال كما يرجع بثمنه اي ثمن المبيع وهو الام

بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها لا بجزء منه على ما مر والله اعلم بالصواب

كتاب الاقرار

لان المغرور شيئا انتهى واقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا هو المعنى الوجيه ههنا ولكن في تذكير الضمير نوع صرف عن الظاهر ولهذا قال في الوقاية وغيرها ورجع بها اى بثمنها اى بتأنيث الضمير اى ورجع بقيمة الولد وثمن الام بخلاف العقر يعني ان المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه واخذ منه المستحق لانه اى لان العقر لزمه اى لزم المغرور لاستيفاء منافعها اى لاستيفاء منافع الجارية المستحقة اى منافع بضعها فلا يرجع به على البائع اذ لو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطء في ملك الغير لا يجوز ان يسلم للواطئ مجانا كذا في النهاية وغيرها

كتاب الاقرار

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يتفرع من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجهت الى المدعى عليه فحكمه لا يخلو اما ان يقر او ينكر والانكار سبب الخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بالمال لا يخلو اما ان يسترجع منه اولا فان استرجع فلا يخلو اما ان يسترجع بنفسه او بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يسترجع فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة كذا في الشروح ثم ان محاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع السنتهم عن ذمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه فكان فيه ارضاء صاحب الحق وارضاء خالق الخلق ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد وازالة القول ثم ان المنقول ههنا احتياجا الى بيان الاقرار لغة وشريعة وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة اما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشيء اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود كذا في النهاية ومعراج الدراية واما شريعة فهو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه كذا في الكافي وعامة المتون والشروح وقال في العناية الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق انتهى اقول لقد اصاب صاحب العناية في بيان معنى الاقرار لغة ولم يصب في بيان معناه شريعة اما الاول فلان اخذ الاقرار في تعريف معنى الاقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤديا الى المصادرة مما يختل المعنى اذ لا معنى لكون اثبات ما كان مترددا بين الشيئين المخصوصين احدهما بعينه كما لا يخفى وايضا الظاهر ان الاقرار في اللغة ليس بمخصوص باثبات متزلزل بين الشيئين المخصوصين بل هو عام لاثبات كل متزلزل بين الشيئين مطلقا كما يدل عليه ما فيه من الاشتقاق وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقا واما الثاني فلان الاخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوى والشهادة ايضا وانما يمتاز الاقرار الشرعي عنهما بقيد للغير على نفسه فان الدعوى اخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير والشهادة اخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير فلا بد في تعريف الاقرار الشرعي من قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء ليخرج عنه الدعوى والشهادة واما اذا اطلق وقيل هو عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم اقول في تعريف العامة ايضا شيء اما اولا فلانه قد تقرر في كتب الاصول ان التصرفات اما اثبات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها واما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها ولا يخفى ان الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الاقرار بقسم الاسقاطات مطلقا فيلزم ان لا يكون تعريفهم المذكور جامعا واما ثانيا فلان اقرار المكره لآخر بشيء من الحقوق غير صحيح شرعا كما صرحوا به مع انه يصدق عليه انه اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم ان لا يكون تعريفهم المزبور مانعا ويمكن ان يجاب عن الثاني بان كون اقرار المكره غير صحيح شرعا انما يقتضي ان لا يكون اقرارا صحيحا شرعا لا ان لا يكون اقرارا مطلقا في الشرع فيجوز ان يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الاقرار في الشرع سواء كان صحيحا او فاسدا وعن هذا ترى التعريفات الشرعية

قال وإذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه إقراره مجهولا كان ما أقر به أو معلوما اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق

لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوهما يتناول الصحيح منه والفاسد حتى ان كثيرا منهم تركوا قيد التراضي في تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به في موضعه واما سبب الاقرار فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره واعلامه كيلا يبقى في تبعة الواجب واما شرطه فيأتي في الكتاب واما ركنه فالالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار واما حكمه فظهور ما اقر به لا ثبوته ابتداء الا يرى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده كذا في الكافي وغيره وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وحكمه لزوم ما اقر به على المقر وعمله اظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء ويدل عليه مسائل احدها ان الرجل اذا اقر بعين لا يملكه لا يصح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح لانه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك والثانية ان الاقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لم يصح والثالثة ان المريض الذي لا دين عليه اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم والرابعة ان العبد الماذون اذا اقر لرجل بعين في يده صح اقراره ولو كان الاقرار سببا للملك ابتداء لكان تبرعا من العبد وهو لا يجوز في الكثير واما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا بيانه ان الله تعالى امر بالاملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملاء شيء لما امر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وايضا نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما اقر به كما في نهي الشهود عن كتمان الشهادة وقوله تعالى قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا بيانه انه طلب منهم الاقرار فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضي الله عنه اي شاهد بالحق واما السنة فما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره بالزنا والغامدية باعترافها وقال في قصة العسيف واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاثبت الحد بالاعتراف والحديثان مشهوران في كتب الحديث فلو لم يكن الاقرار حجة لما ثبت الحد به واذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلأن يكون حجة في غيرها اولى واما الاجماع فان المسلمين اجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير واما المعقول فان الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب في الاصل ولكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء تبعثه على الكذب في حق الغير اما في حق نفسه فلا فعقله ودينه وطبعه يدعوه الى الصدق ويزجره عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما اقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به قال اي القدوري في مختصره واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اي لزم المقر اقراره اي موجب اقراره وهو ما اقر به اقول يرد عليه النقض بما اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق كرها فانه لا يلزمه اقراره فكان لا بد من ذكر الطائع ايضا لا يقال ترك اعتمادا على ظهور كون الطوع والرضى من شرط صحة الاقرار لانا نقول ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الاحكام كلها ولم يتركهما مجهولا كان ما اقر به او معلوما هذا ايضا لفظ القدوري يعني لا فرق في صحة الاقرار ولزومه بين ان يكون ما اقر به مجهولا او معلوما لكن لا بد من التفصيل قال المصنف رحمه الله اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق اراد بهذا التنبيه على ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا انشاء الحق ابتداء لئلا

ودليله ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ماعزا الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص

به هذا الاشكال لصحة الاقرار بخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الاقرار اخبارا عما ثبت فيما مضى لا انشاء في الحال كما بيناها فيما مر ولم يرد بذلك التعريف الاقرار حتى يرد عليه انه يتناول الدعوى والشهادة ايضا فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار كما زعمه بعض الشراح فانه ملزم اي والاقرار ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه اي لوقوع الاقرار دلالة اي دليلا على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر وقد اشار المصنف رح الى بعض منها بقوله الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره اي باقراره بالزنا وتلك المرأة اي كيف الزم تلك المرأة وهي الغامدية الرجم باعترافها اي باعترافها بالزنا ايضا فاذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى كذا قالوا اقول يرد على ظاهره منع هذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحدود والقصاص ولا يصح اقراره بالمال على ما ذكره المصنف رح فيما سياتي فكان ملزما في حقه فيما يندرئ بالشبهات دون غيره فتامل في الدفع وهو اي الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر غير متعدية الى الغير لقصور ولاية المقر على غيره فيقتصر عليه اي على المقر نفسه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهات اولاده ومدبره ومكاتبه لانه قد ثبت حق الحرية او استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل واما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء فينفذ في حق المقر وحده كذا في الكافي وغيره واعلم ان هذا لا ينافي ما ذكروا ان الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه لان القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار فاتصاف الاقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية الى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة اليه بناء على انتفاء التهمة فيه ووجودها فيها وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا اي في المال وغيره فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار حتى اذا اقر بدين لرجل او بوديعة او عارية او غصب يصح لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص قال صاحب العناية وكان هذا اعتذار عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فساكت عنه فلا يرد عليه شيء اقول ليس ما ذكره بصحيح اذ قد صرحوا في مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بان التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف حتى ان الشارح المذكور قال في اواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلوة فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في النصوص دون الروايات انتهى فكيف يصح قوله ههنا واما ان غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فساكت عنه ولو سلم ان لزوم اقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لا بقصد نفي لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شيء اذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج الى الاعتذار عن ذكره وقال صاحب العناية ويجوز ان يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اما اولا فلانه لا يشك العاقل الناظر الى قول المصنف رح وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا الى اقراره في ان مراده به هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لا لبيان التفرقة بين العبيد واما ثانيا فلانه لو كان قول المص رح هذا لبيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع اذ لا مدخل له في الفرق بينهم بل هو مخل به لانهم متحدون في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص فالمحمل الصحيح لكلام المص رح ههنا على فرض ان لا يكون المقصود منه المعذرة انما هو بيان الفرق بين القيود الثلثة الواقعة في كلام القدوري فان قيد الحرية شرط صحة الاقرار مطلقا لا شرط صحة مطلق الاقرار بخلاف القيدين الآخرين اعني البلوغ والعقل تامل تقف ثم اقول بقي بحث في كلام المصنف رح اما اولا فلان كون العبد المأذون ملحقا بالحر في حق الاقرار كما يدل عليه قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار غير مسلم فانهم صرحوا بان العبد المأذون لا يصح اقراره بالمهر والكفالة وقيمة الخطاء وقطع يد رجل عمدا او خطاء لانها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير ولا شك في صحة اقرار الحر

لان اقراره غير موجب لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه يبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

فيما يلزمه كان العبد المأذون ممن لا يصح اقراره مطلقا بخلاف الحر اللهم الا ان يحمل قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار على العرض والمبالغة واما ثانيا فلان اقرار العبد المحجور عليه بالمال يأخذ في حق نفسه ويلزمه المال بعد الحرية وان لم يلزمه في الحال كما صرح به في كتاب الحجر فمعنى صحة اقراره بالمال ههنا تحوله لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال الا ان يقال مراده ههنا ان اقراره بالمال لا يصح في الحال لا انه لا يصح مطلقا فيوافق ما ذكره في كتاب الحجر لانا نقول لا شك ان مقصوده ههنا توجيه اشتراط الحرية في مسئلة الكتاب المذكور في جواب هذه المسئلة لزوم الاقرار مطلقا اي بلا تقييد بالحال فلا يتم التقريب بما ذكره ايضا عدم اللزوم في الحال يوجد في الحر ايضا كما اذا اقر بالدين المؤجلة وكما اذا اقر الانسان بعين مملوكة للغير فانه لا يلزمه في الحال واذا ملكها يوما فيؤمر بتسليمها الى المقر له على ان الذي ذكره المصنف ههنا عدم صحة اقرار العبد المحجور عليه بالمال الا عدم لزومه ولا يلزم من عدم لزومه بالمال في الحال كما ذكره في كتاب الحجر عدم صحة اقراره به في الحال فلا يتم التوفيق اللهم الا ان تحمل الصحة ههنا على اللزوم قال في البدائع واما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف المأذون الا انه يصح اقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لانه من اهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا اعتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحدود والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو اقر المولى عليه بالحد والقصاص لا يصح انتهى وقال في التبيين وكون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما لو اقر الحر الانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واما اذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى قال المصنف في تعليل صحيح ما ذكره ههنا لان اقراره اي اقرار العبد المحجور عليه عهدا اي عرف موجبا لتعلق الدين برقبته لان ذمته ضعفت بالرق فنضمت اليها مالية الرقبة كذا في الكافي وغيره وهي اي رقبة العبد المحجور عليه مال المولى فلا يصدق عليه اي على المولى لقصور الحجة بخلاف المأذون له لانه اي المأذون مسلط عليه اي على الاقرار من جهته اي من جهة المولى لان الاذن له بالتجارة اذن له بما لا بد منه للتجارة وهو الاقرار اذ لو لم يصح اقراره لاحترم عليه باب التجارة فان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة يعاملونه معه كذا في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وبخلاف الحد والدم اي القصاص لانه اي لان العبد يبقى على اصل الحرية في ذلك اي في الحد والدم بتأويل المذكور او بجواز استعمال ذلك في المثنى ايضا كما في قوله تعالى عوان بين ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه اي فيما ذكر من الحد والقصاص لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية لا تزول بالرق كذا في الشروح قال بعض الفضلاء بهذا الاستدلال لا يندفع ما لو قيل في اقراره بالقصاص اهلاك لرقبته التي هي مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى ان يستدل عليه بما في كتب الاصول انتهى اقول بل ذلك مدفوع لان المقصود بالقصاص اهلاك النفس واهلاك مالية رقبة العبد انما هو بالتبع فلا يكون اقراره بالقصاص اقرارا على الغير بالنظر الى ما هو المقصود منه اصالة ولا نظيره لزوم اهلاك مال الغير بالتبع اذ كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وذكر في كتب الاصول ان العبد يصح منه الاقرار بالحدود والقصاص ومع السرقة المستهلكة لان الحيوة والدم حقه لاحتياجه اليها في البقاء ولهذا لا يملك المولى ايلافهما ولا يخفى ان ما توهمه ذلك القائل متوجه الى ما ذكر فيها ايضا والمخلص ما حققناه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام فلا يلزمهما اقرارهما شيء الا اذا كان الصبي مأذونا فحينئذ يصح اقراره في قدر ما اذن له فيه لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان **قال** فان قال لفلان على شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا **قال** والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك

لانعدام رايه برأي الولي فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من اهل المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي كذا في الكافي ومعراج الدراية وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار يعني لو كان المقر به مجهولا بان قال المقر لفلان على شيء او حق يصح الاقرار ويلزمه ما اقر به لان الحق قد يلزمه مجهولا يعني ان الحق قد يلزم الانسان مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها لان الواجب في الجراحات ان يستاني حولا فلا يعلم في الحال موجبه او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به اي بالباقي من الحساب علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به اي فيصح بكون المقر به مجهولا فان قلت الشهادة اخبار عن ثبوت الحق ايضا ومع ذلك تمنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما قلت الشرع لم يجعل الشهادة حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع وان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقضاء بالمجهول لا يتصور اما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وقد امكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا في المبسوط بخلاف الجهالة في المقر له يعني انها تمنع صحة الاقرار فان المجهول لا يصلح مستحقا ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته ان جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس اما اذا لم تكن متفاحشة بان قال هذا العبد لاحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك وقال شمس الائمة السرخسي لا يصح الاقرار في هذه الصورة ايضا لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد لان فائدة الجبر على البيان ولا جبر على البيان هنا لانما يجبر لما عليه الحق وهو مجهول وفي الكافي والاصح انه يصح لانه يفيد وفائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ انتهى قال في شرح الطحاوي وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك على احدنا الف درهم لان المقضي عليه مجهول وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه اقول في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظر اذ الظاهر ان الجهالة فيه في المقر عليه لا في المقر لان المقر متعين وهو المتكلم والاولى في تمثيل ذلك ان يقال نحو ان يقول لرجل احد من جماعة او من اثنين لك على الف ولا يدري ايهم او ايهما قال ويقال له بين المجهول هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يقال للمقر فيما اقر بمجهول بين المجهول لان التجهيل من جهته اي من جهة المقر يعني ان الاجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن لا بد من ان يبين شيئا يثبت دينا في الذمة قل او كثر نحو ان يبين حبة او فلسا او جوزة او ما اشبه ذلك اما اذا بين شيئا لا يثبت في الذمة فلا يقبل منه نحو ان يقول عنيت حق الاسلام او كفا من تراب او نحوه كذا في شرح الطحاوي وذكر في غاية البيان فصار كما اذا اعتق احد عبديه اي فصار اقراره بالمجهول كما اذا اعتق احد عبديه في وجوب البيان عليه فان لم يبين اي فان لم يبين المقر اجمله اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ لصحيح اقراره وذلك اي الخروج بما لزمه بصحيح اقراره بالبيان لا غير وبه قال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح وعن الشافعي رح في قول ان وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك انكارا منه ويعرض اليمين عليه فان اصر جعل ناكلا عن اليمين وحلف المدعي وان اقر ابتداء يقال للمقر له ادع حقك فاذا ادعى اما اقر او انكر فيجري عليه حكمه كذا في معراج الدراية فان قال لفلان على شيء لزمه ان يبين ما له قيمة هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليله لانه اخبر عن الوجوب في ذمته كما يدل عليه لفظة على لانها للايجاب والالزام وما لا قيمة له لا يجب فيها اي في الذمة فاذا بين غير ذلك اي غير ما له قيمة يكون رجوعا عن الاقرار فلا يقبل قال اي القدوري في مختصره والقول قوله اي قول المقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك اي مما بينه يعني اذا بين المقر ما له قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده

لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة

المقر اولا فان ساعده اخذه وان لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقر مع يمينه لانه اي لان المقر هو المنكر فيه اي فيما يدعي عليه المقر له من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه قال المصنف وكذا اذا قال لفلان علي حق اي لزمه بيانه ان يبين ما له قيمة لما بينا انه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان علي حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان يتغير باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية كذا في الكافي وكذا لو قال غصبت منه شيئا هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري يعني لو قال غصبت من فلان شيئا صح اقراره ولزمه البيان ايضا والحاصل ان كل تصرف لا يشترط لصحته تحقق اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة فان من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس او اودعه مالا مجهولا في كيس فانه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته تحقق اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان شيئا او آجر من فلان شيئا او اشترى من فلان كذا شيئا لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شيء وهذا لان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا انه باع منه شيئا مجهولا لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار واذ صح الاقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان قطعا للنزاع كذا في الكافي والمحيط البرهاني ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة اي اعتمادا عليها واعلم انه ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه بيانه ولا بد من ان يبين شيئا هو مال لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية فيه فان الغصب لا يرد الا على مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بالشراء بما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا انما يجري فيما يتمانع فاذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان او مفصولا ويستوي ان بين شيئا يضمن بالغصب او لا يضمن بعد ان يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين ان المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله واختلف المشائخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق للمبهم من كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه هنا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه الى هنا لفظ المبسوط وصرح في الايضاح وغيره بان الاول وهو قبول بيانه بان المغصوب زوجته او ولده اختيار مشائخ العراق والثاني وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشائخ ما وراء النهر واذ قد عرفت ذلك تبين لك ان المصنف ههنا اختار قول مشائخ ما وراء النهر حيث قال ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة يعني ان مطلق اسم الغصب ينطلق على اخذ مال متقوم في العرف هذا قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار لمشائخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشائخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت كذبة لغوا في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم يصح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما

بالعرف

ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال ولو قال لفلان علي مال عظيم لم يصدق في
اقل من مائتي درهم لانه لا يعد مالا عظيما وان قال مال عظيم لم يصدق في اقل من ... موصوف ... عشرة ...
حتى يعتبر صاحبه غنيا به ... عند الناس وعن ابي حنيفة رح انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم ...

فالجواب ان ذلك حقيقة فتترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان صحة ما ذكره في هذا الجواب من ان حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة تنافي صحة ما ذكره في تعليل صحة اختيار مشايخ ما وراء النهر فيما لو بين ان المغصوب زوجته او ولده من ان الغصب انما يكون في مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال لان مشايخ العراق يقولون ان لفظ الغصب ينطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال كذا صرح به في المبسوط وغيره وليس معنى هذا القول منهم الا ان حقيقة الغصب تترك في ذلك بدلالة العادة فكيف يصح تعليل صحة اختيار مشايخ ما وراء النهر فيما بين الغصب انما يكون في مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال واما ثانيا فلان قوله وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة لا يكاد يصح لان قول المصنف تعويلا على العادة علة لوجوب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع ومعناه ان حقيقة الغصب وان تناولت ما يجري فيه التمانع من الاموال وما لا يجري فيه التمانع منها الا ان العادة خصصته بالاول فلا بد ان يبين ذلك ومقصوده الاحتراز عما لو بين به حنطة او قطرة ماء فانه لا يصح قطعا واما ان حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة الى ما هو اعم منها فلا اشارة اليه في كلامه اصلا وكيف ولو صح ذلك عنده وكان في كلامه اشارة اليه لما صح القول منه بوجوب ان يبين مالا الا ان العادة جارية قطعا على اطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد اطلاقا جاريا على اللغة لا على حقيقة الشرعية وبالجملة ان كلام المصنف ههنا منسوق على ما هو مختار مشايخ ما وراء النهر دون مختار مشايخ العراق وفيما ذكره صاحب العناية خلط المذهبين قوله ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال احد في اقراره لفلان علي مال فالمرجع الى المقر في بيان قدر المال قال المصنف رح في تعليله لانه المجمل يعني ان المقر هو المجمل والرجوع في بيان المجمل الى المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير وهذا ايضا تتمة كلام القدوري قال المصنف في تعليله لان كل ذلك مال فانه اي المال اسم لما يتمول به وذلك موجود في القليل والكثير ثم قال المصنف رح الا انه اي المقر لا يصدق في اقل من درهم والقياس ان يصدق فيه ايضا لانه مال وفي الاستحسان لا يصدق فيه وجه ترك الحقيقة بدلالة العرف وقد اشار اليه بقوله لانه اي الاقل من درهم لا يعد مالا عرفا فان ما دون الدرهم من الكسور ولا يطلق اسم المال عليه عادة كذا في المبسوط قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو قال له علي مال كان القول قوله فيه مع يمينه بالله ثم قال وفي الاصل يقول انه لا يقبل قوله اذا بين اقل من درهم وقال بعضهم ينبغي ان يقبل قوله في البيان لان اسم المال ينطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم ثم قال والصحيح انه لا يقبل لان المال الذي يدخل تحت الالتزام بالاقرار لا يكون اقل من درهم وهذا ظاهر في حكم العادة فحمل عليه انتهى كلامه وقال الناطفي في اجناسه وفي نوادر هشام قال محمد رح لو قال لفلان علي مال ما ان يقر بنصف درهم ثم قال وقال في الامالي لو قال لفلان علي مال ... عشرة دراهم فصاعدا ولا يصدق في اقل منه في قول ابي حنيفة رح وزفر رح وقال ابو يوسف رح يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في اقل منه الى هنا لفظ الاجناس ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم هذا لفظ القدوري يعني لو قال لفلان علي مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكوة وهو مائتا درهم قال الشارح ... وهو مثل الاول قلنا فيه الغاء الوصف العظيم فلا يجوز وقد اشار المصنف رح اليه بقوله لانه اقر بمال موصوف اي موصوف بوصف العظيم فلا يجوز الغاء الوصف بل لا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والنصاب مال عظيم في الشرع والعرف حتى اعتبر صاحبه غنيا به فاوجب عليه مواساة الفقراء والغني عظيم عند الناس فكان عظيما في حكم الشرع والعرف وهذا قول ابي يوسف ومحمد رح ولم يذكر في الاصل قول ابي حنيفة رح في هذا الفصل واختلف المشايخ عنه فيه فاراد المصنف بيان ذلك فقال وعن ابي حنيفة رح اي روي ... في هذا الفصل لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة ونصاب المهر ايضا لانه اي المال بهذا النصاب عظيم حكما حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم ... اي وعن ابي حنيفة رح مثل جواب الكتاب اي مثل ما ذكر في مختصر القدوري من انه لا يصدق في اقل من ...

وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه
وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال
دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين

انتهى درهم قال في غاية البيان وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا التعظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة لانه اقل مال له خطر في الشرع انتهى وذكره صاحب العناية ايضا اقول فيه بحث لان التعليل المذكور لا يفيد كون ما في هذه الرواية هو الصحيح لان ايجاب التعظيم من حيث المعنى امر مقرر على كلتي الروايتين وانما النزاع في ان ذلك التعظيم ماذا هل هو نصاب الزكوة ام نصاب السرقة والمهر فقوله وهو المال الذي يجب فيه الزكوة غير مسلم على الرواية الاخرى وكذا قوله لانه اقل مال له خطر في الشرع اذ لصاحبها ان يقول بل هو المال الذي يجب فيه قطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وهو اقل مال له خطر في الشرع فلم يتم التقريب قال شمس الائمة السرخسي والاصح على قول ابي حنيفة انه يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني حقير وكما ان المائتين عظيم في حكم الزكوة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق وتقدير المهر فيما وقع التعارض فيرجع الى حال المقر كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في بعض الشروح وهذا اي ما ذكر من انه لا يصدق في اقل من مائتي درهم اذا قال من الدراهم اي اذا قال على مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء او قال في الابتداء على مال عظيم ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحبي النهاية ومعراج الدراية في شرح قول المصنف رح هذا اذا قال من الدراهم اي بين ثم قال ان مرادي بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير اما اذا قال من الدنانير اي اذا قال ذلك ابتداء او ثانيا عند البيان فالتقدير فيها اي في الدنانير بالعشرين اي بعشرين مثقالا لانه نصاب الزكوة في الذهب وفي الابل بخمس وعشرين يعني وفيما اذا قال من الابل يقدر بخمس وعشرين ابلا لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه كعشرين مثقالا في الدنانير ومائتي درهم في الدراهم والحاصل انه اذا بين بجنس من اجناس الاموال الزكوية فالمعتبر اقل ما يكون نصابا في ذلك الجنس فان قيل ينبغي ان يقدر في الابل بخمس قال لانه يجب فيها شاة فكان صاحبها بها غنيا قلنا هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكوة وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبرنا الادنى لا يكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل كذا في الكافي وفي بعض الشروح وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب يعني وفيما اذا بين بغير مال الزكوة يقدر بقيمة النصاب اي يقدر بالنصاب قيمة ولو قال اموال عظام اي ولو قال على اموال عظام بصيغة الجمع فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اي من اي نوع سماه حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بستمائة درهم ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالا ولو قال من الابل كان بخمس وسبعين الى غير ذلك من الاجناس وانما كان كذلك اعتبارا لادنى الجمع فان ادنى الجمع ثلثة فيحمل على ثلثة اموال عظام وهي ثلثة نصب من جنس ما سماه ولو قال على مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الايضاح والذخيرة وفي غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن ابي يوسف رح قال لفلان علي دراهم مضاعفة لزمه ستة لان اقل الدراهم ثلثة وللتضعيف اقله مرة فيضعف مرة قال له علي دراهم اضعافا مضاعفة او قال مضاعفة اضعافا عليه ثمانية عشر لان الاضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلثة ثلث مرات فكانت تسعة وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيقتضي ثمانية عشر وفي الصورة الدراهم المضاعفة ستة واضعافها ثلث مرات فيكون ثمانية عشر ولو قال على عشرة اضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان اضعاف العشرة ثلثون فاذا ضمت الى العشرة كان اربعين فاوجبها مضاعفة فيكون ثمانين ولو قال دراهم كثيرة اي لو قال لفلان علي دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم هذا لفظ القدوري قال المصنف رح وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يصدق في اقل من مائتين وعند الشافعي رح يصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل من ذلك وكذلك لو قال لفلان علي دنانير كثيرة لم يصدق عند ابي حنيفة في اقل من عشرة دنانير وعندهما في اقل من عشرين مثقالا وعند الشافعي رح في اقل من ثلثة دنانير كذا ذكر في الكافي وشيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه

لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع
يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه

في كتاب التقريب روى ابن سماعة عن ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح مثل قولهما ووجه قول الشافعي رح انه وصف الدراهم بالكثرة والصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة
فيلغو ذكرها وذلك لان اثبات صفة الكثرة بالمقدار متفاوت كثيرا والحمل على التعيين غير ممكن الا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم اما من حيث الحقيقة فلان
الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد واما من حيث العرف فلان الناس متفاوتون في ذلك فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين واما من حيث
الحكم فلان حكم الشيء يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر كما في نصاب السرقة والمهر ويتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكوة وحرمة الصدقة
وتارة بالاكثر منهما كما في الاستطاعة بالحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها اصلا فاذا تعذر العمل بها الغا ذكرها فيعمل بقوله دراهم ويصرف الى الثلثة ووجه قول
ابي يوسف رح ومحمد رح ما اشار اليه المصنف رح بقوله لان صاحب النصاب يعني صاحب الزكوة مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بدفع زكوته والتصدق على الفقير
بخلاف ما دون النصاب فان صاحبه مقل ولهذا لم يلزمه مواساة غيره قال صاحب الغاية في تقرير دليلهما وقالا امكن العمل بها اي بالكثرة حكما لان في النصاب
كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء انتهى اقول فيه نظر لان نصاب الزكوة وان كان له كثرة في ترتب حكم وجوب الزكوة الا ان نصاب السرقة والمهر وهو العشرة
عندنا له ايضا كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع وكذا الاكثر من المائتين لما يحصل به الاستطاعة في الحج من الاماكن البعيدة له كثرة في
حكم ترتب وجوب الحج فوقع التعارض بين تلك الكثرات الحكمية فلم يمكن العمل باحدها على التعيين فقولهما لان في النصاب كثرة حكمية لا يجدي شيئا وهو ظاهر وكذا قوله
فالعمل به اولى من الالغاء لان اولوية العمل به من الالغاء لا يستلزم اولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة اخرى فلا يتم المطلوب قال صاحب الغاية في تقرير دليلهما
ولابي يوسف رح ومحمد رح ان العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي امكن العمل بها حكما والملغي من كلام العاقل ما لا يمكن تصحيحه
فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كانه قال لفلان علي دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لانها كثيرة شرعا
في حق القطع والمهر ووجوب الزكوة وحرمة الصدقة واما العشرة ان كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكوة قليل ومطلق الاسم
ينصرف الى الكامل من ذلك الاسم لا الى الناقص واقل ما يطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه ائتا درهم فاما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان قاصرا
من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه اقول فيه ايضا نظر لان ما بسطه وان افاد في الظاهر اولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد
اولوية حملها على المائتين من حملها على الاكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الاماكن البعيدة كما ادرجه نفسه ايضا في تقرير دليل الشافعي رح
بل افاد اولوية العكس لان الاكثر من المائتين هو الذي يتحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فانه كثير في حق وجوب الحج ايضا من الاماكن البعيدة واما المائتان
فهو بين القليل والكثير بالنظر الى حكم الحج من الاماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تأمل قوله اي ولابي حنيفة رح ان العشرة اقصى
ما ينتهي اليه اسم الجمع اي عند كونه مميزا للعدد يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما يعني ان العدد اذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردا لا جمعا فيكون
اي العشرة هو الاكثر من حيث اللفظ اي من حيث ان اللفظ عليه فيصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من العرف اليه لا يعدل الى غيره كذا في
الغاية لا يقال ينبغي ان يصدق فيما بين الثلثة والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كانه ذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له كذا في غاية البيان
اقول بقي ههنا شيء وهو ان كون العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع انما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بان يكون مميزا له كما نبهنا عليه آنفا لا عند الانفراد
عنه فانه يجوز ان يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة الى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف باللغة ومسئلتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر
العدد فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ان جمع الكثرة اقله عشرة

الا وقال له دراهم فهي ثلثة الا ان يبين اكثر منها لانها اقل الجمع الصحيح ويصرف الى الوزن المعتاد

قوله ليس فوق ذلك جمع صحيح اه اقول فيه ان جمع الكثرة اقله احد عشر لا عشرة على ما تقرر في علم النحو قال الفاضل الرضي قالوا اطلاق جمع على ما بين ثلثة وعشرة والاولى ان يقال من ثلثة الى العشرة والحدان داخلان والكثير ما فوق العشرة انتهى واما ثانيا فلانه لو كانت علة قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة كون اقل جمع الكثرة عشرة لزم ان لا يصدق ايضا عنده في اقل من عشرة فيما اذا قال له علي دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع انه يصدق هناك في ثلثة بالاتفاق كما سياتي بيانه في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال ولابي حنيفة رح ان الكثرة من حيث الحكم غير مذكور لفظا وانما ثبت ضرورة ان لا تعتبر منه الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر واثبت ما تقتضي صحة التفسير ثبت ادنى ما يصح به التفسير وادنى ما ثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روي انه كان لا تقطع في الشيء التافه ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى وقال الشيخ ابو نصر البغدادي والفرق لابي حنيفة رح بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم ان قوله دراهم كثيرة يقتضي لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى العدد وقوله مال عظيم لا يقتضي عددا فوجب ان يحمل على المستعظم لا من حيث العدد وقد ثبت في الشرع ان ما يعتبر به غنيا فيجب الزكوة فيه فاعتبر ذلك انتهى قوله ولو قال دراهم فهي ثلثة هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له علي دراهم وجب عليه ثلثة دراهم بالاتفاق قال المص في تعليله لانها اقل الجمع الصحيح يعني ان الدراهم جمع واقل الجمع الصحيح ثلثة فيلزمه ثلثة لكونه متيقنا فيه بحث لانه ان كان لفظ الصحيح في قوله لانها اقل الجمع الصحيح صفة للجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب يرد عليه ان الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلا يطابق الدليل المدعى وان كان صفة لاقل كما هو قول صاحب الكافي لانه ادنى الجمع المتيقن عليه وقول صاحب الغاية لانه اقل الجمع الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى يتجه عليه ان كون اقل الجمع ثلثة انما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة فان اقل جمع الكثرة احد عشر كما مر بيانه انفا والدراهم جمع كثرة اذ قد تقرر في كتب النحو ان جميع امثلة الجمع المكسر جمع كثرة سوى الامثلة الاربعة المعروفة وهي افعل وافعال وافعلة وفعلة عند الكل وسوى فعلة كاكلة عند الفراء وسوى افعلاء كاصدقاء في نقل التبريزي ولفظ الدراهم ليس من احد هاتيك الامثلة فكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب ثم اقول يمكن الجواب عن ذلك بوجهين من اختيار الشق الثاني من الترديد الاول ان الفاضل الرضي صرح بان كل جمع تكسير للرباعي الاصلية حروفه مشترك بين القلة والكثرة ولا شك ان الدراهم من هذا القبيل فلما اشترك بين القلة والكثرة كان اقله المتيقن هو الثلثة فتم المطلوب والثاني ان المحقق التفتازاني قال في التلويح في اوائل مباحث اللفظ العام بعد تحقيق ما ذهب اليه اكثر الصحابة والفقهاء وائمة اللغة من ان اقل الجمع ثلثة واعلم انهم لم يفرقوا في هذا المقام بين جمع القلة وجمع الكثرة نظرا الى ان الفرق بينهما انما هو في جانب الزيادة بمعنى ان جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها وجمع الكثرة غير مختص لا انه مختص بما فوق العشرة وهذا اوفق بالاستعمال وان صرح بخلافه كثير من الثقات انتهى كلامه فيجوز ان يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الاوفق بالاستعمال وتقرير اهل الاصول من كون الفرق بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لا في جانب النقصان فتدبر الا ان يبين اكثر منها اذا من تتمة كلام القدوري في مختصره يعني الا ان يبين المقر اكثر من الثلثة فحينئذ يلزمه ما بينه قال المص لان اللفظ اي لفظ الجمع يحتمله اي يحتمل الاكثر من الثلثة ولا تهمة فيه لكونه عليه ويصرف الى الوزن المعتاد الى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف كما في البيوع ولا يصدق في اقل من ذلك لانه رجوع عما اقتضاه كلامه قال في التحفة وان لم يكن فيه شيء متعارف يحمل على وزن سبعة فان الوزن المعتبر في الشرع وهكذا ذكر في الغاية وقال في البدائع ان كان الاقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص من وزن ستة فله ذلك اقراره على تلك الوزن لان مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا

ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر
احد عشر ولو قال كذا وكذا لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف
واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير المبهم

اقل من وزن بلده لا يصدق لانه يكون رجوعا وان كان في البلد اوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد فان استوت يحمل على اقل الاوزان لانه متيقن
والزيادة مشكوك فيها وانما يثبت مع الشك انتهى اقول ههنا ان المذكورين في التحفة والبدائع في صورة التساوي تفاوت بل تخالف لا يخفى ولو قال كذا كذا درهما
لم يصدق في اقل من احد عشر درهما هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له على كذا كذا درهما لزمه احد عشر درهما ولم يعتبر قوله في اقل من ذلك قال المص في تعليله لانه
اي المقر ذكر عددين مبهمين اي ذكر لفظين هما كنايتان عن العدد المبهم ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك اي اقل ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف من المفسر
من العدد المفسر اي المصرح به احد عشر واكثره تسعة عشر فانه يقال احد عشر الى تسعة عشر فيلزمه الاقل لتيقن من غير بيان الزيادة تتوقف على بيانه ولو قال كذا
وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين هذا ايضا لفظ القدوري في مختصره قال المص في تعليله لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد
وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره يعني ان لفظ كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله اعتباره بالمفسر اي بالعدد الصريح فما له نظير في الاعداد المفسرة يحمل على
اقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا فاذا قال له علي كذا كذا درهما فكانه قال له علي احد عشر درهما واذا قال له علي كذا وكذا درهما فكانه قال له علي احد وعشرون درهما ولو قال
كذا درهما فهو درهم هذه المسألة ذكرها المص تفريعا على مسألة القدوري ولم يذكرها محمد رحمه الله في الاصل يعني لو قال له علي كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد لانه اي لان
درهما في قوله كذا درهما تفسير للمبهم اي تمييز للشيء المبهم وهو كذا لانه كناية عن العدد المبهم واقله المتيقن واحد فيحمل عليه وذكرت هذه المسألة في بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط
والتتمة وفتاوى قاضيخان على خلاف ما ذكره المص فانه قال في الذخيرة والمحيط وفي الجامع الصغير اذا قال لفلان علي كذا درهما فعليه درهمان لان اقل العدد اثنان لان
الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وقال في التتمة وفي الجامع الاصغر اذا قال كذا دينارا فعليه ديناران لان هذا اقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وقال
في فتاوى قاضيخان لو قال لفلان علي كذا دينارا فعليه ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان انتهى اقول فيما ذكر في تلك الكتب نظر لان عدم
كون الواحد من العدد انما هو في اصطلاح الحساب واما في الوضع واللغة فهو من العدد قطعا وعن هذا ترى ائمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا اصول العدد
اثنتي عشرة كلمة واحد الى عشرة ومائة والف وقال العلامة الجوهري في صحاحه الاحد بمعنى الواحد وهو اول العدد انتهى وقال المحقق الرضي في شرح الكافية لا خلاف
عند النحاة في ان لفظ واحد واثنان من اسماء العدد وعند الحساب ليس الواحد من العدد لان العدد عندهم هو الزائد على الواحد ومنع بعضهم ان يكون الاثنان
من العدد انتهى ولا شك ان كون كذا كناية عن العدد ليس مبنيا على اصطلاح الحساب بل هو امر جار على اصل الوضع واللغة فكون اقل العدد اثنين عند
الحساب لا يقتضي كون الواجب على المقر في المسألة المذكورة درهمين كما لا يخفى قال صاحب غاية البيان كان ينبغي ان يلزمه في هذه المسألة احد عشر لانه اول
العدد الذي يقع مميزه منصوبا واذا كان كذلك ينبغي ان لا يصدق في درهم والقياس فيه ما قاله في مختصر الاسرار واذا قال له علي كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة
وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن انتهى كلامه وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان يجب احد عشر درهما
لانه اقل عدد يجيء مميزه منصوبا قلت الاصل براءة الذمة فيثبت الادنى المتيقن انتهى اقول جوابه ليس بتام لان كون الاصل براءة الذمة انما يقتضي كون الثابت ادنى
ما يحتمله لفظ المقر دون الادنى مطلقا كما لا يخفى ومعنى السؤال ان ادنى ما يحتمله لفظ المقر في هذه المسألة انما هو احد عشر بدلالة كون المميز منصوبا فينبغي ان يكون الواجب عليه
احد عشر درهما وما ذكر في الجواب لا يدفعه قطعا ثم اقول الحق في الجواب ان يقال ان قوله كذا درهما وان كان نظير الاحد عشر درهما في كون المميز منصوبا لكن ليس
بنظير له في نفس المميز والمنصوب لان احد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فاذا لم يمكن نقض كذا نظير نفس احد عشر لم يعد الاشتراك في مجرد كون مميزهما منصوبا
وهذا امر لا سترة به وقال في الاختيار شرح المختار وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى

ولو ثلث بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب

وذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز نقلا عنه وقال صاحب معراج الدراية نقلا عن قيد احد في المغني وصاحب المحيط عن محمد انه ذكر اذا قال كذا درهما لزمه عشرون
عنده لانه اقل عدد يفسر بالواحد المنصوب خلاف ما ذكر في الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا ولم اجد في الكتب المشهورة لاصحابنا انتهى
كلامه اقول كانه لم ير ما ذكر في مختصر الاسرار وشرح المختار او لم يعدهما من الكتب المشهورة لاصحابنا او اراد انه لم يجده منقولا عن محمد رح في الكتب المشهورة لاصحابنا
ثم ان التعليل المذكور في المنقول المزبور بقوله لانه اقل عدد يفسر بالواحد المنصوب قاصر في الظاهر لان اقل عدد يفسر بالواحد المنصوب انما هو احد عشر حسبما
ذكرناه فانه اقل عدد غير مركب يفسر بالواحد كما صرح به في غيره ان لم يكن لفظه مساعدا له قال المص ولو ثلث كذا بغير واو اي لو ذكر لفظ كذا ثلث مرات بغير ا
واو قال كذا كذا كذا فاحد عشر اي فالذي يلزمه احد عشر درهما لانه لا نظير له سواه اي لا نظير له في الاعداد الصريحة سوى احد عشر يعني سوى ما كان في لفظه احد عشر
فيحمل الاثنان من ذلك الثلثة على احد عشر لكونهما اشبه بعددين مركبين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك احد عشر ويحمل الواحد منها على التكرير
عدم الثلثة اعداد مجتمعة وذكرت بلا حرف العطف كذا قالوا وان ثلث بالواو بان قال كذا وكذا وكذا فمائة واحد وعشرون اي فالذي يلزمه هذا المقدار وان ربع اي بان قال
كذا وكذا وكذا وكذا يزاد عليها اي على مائة واحد وعشرين الف فيلزمه الف ومائة واحد وعشرون لان ذلك نظيره اي لان العدد الذي ذكرنا انه يلزم في صورتي
التثليث والتربيع نظير ما ذكره المقر في تلك الصورتين اي قال لما كان نظيره فيستدرك يكون قوله لان ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر
في صورة التثليث وتاخيره الى هنا فيحتمل ان يكون ذلك تعليلا القريبة اعني صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه مما ذكر في نظيره كما
يتحرر صاحب الكافي حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة واحد وعشرون لانه اقل نظيره ثلثة اعداد مع العاطف ولو ربع يزاد عليها الالف لانه
نظيره انتهى قال الامام الزيلعي في التبيين ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس تزاد مائة الف ولو سبع يزاد الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا
بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى انتهى وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه هذا كله اذا قال بالنصب اما اذا قال درهم بالخفض بان قال
كذا درهم يلزمه مائة درهم وقال بكذا روي عن محمد لانه ذكر عددا مبهما مرة واحدة وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد صريح مستقيم ذكر الدرهم عقيبه
بالخفض واقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلثمائة درهم لانه ذكر عددين مبهمين لم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض واقل ذلك من
العدد الصحيح ثلثمائة لان ثلثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه وقال الامام شمس الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا اقر ان لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما احد عشر لانه لو افرد كل واحد منهما في الذكر لزمه احد عشر
فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد احد عشر ولو قال له علي كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه احد عشر منهما جميعا وكيف يقسم القياس ان يكون خمسة ونصف
من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا انا نقول لو فعلنا ذلك ادى الى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فان قيل
هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم اقل قيمة من الدنانير فصرفنا الزيادة اليها احتياطا الى هنا كلامه قال اي قال محمد رح في الاصل وان
قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير وانما ذكرها في الاصل ما وجه كونه مقرا بالدين في قوله له علي ما اشار اليه المصنف رح
بقوله لان علي صيغة ايجاب تقريره ان علي كلمة خاصة للاخبار عن الواجب في الذمة فيستعمل في الاستعلاء وانما كان ذلك لانه في ذمته لا يجد بدا من قضائه للخروج عنه
كذا في النهاية وتقرير آخر ان الدين مما لم يذكر صريحا في قوله له علي فقد ذكر اقتضاء لان كلمة على يستعمل في الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت
ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين كذا في غاية البيان وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الامام المحبوبي وتانا ووجه كونه

وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي بعض نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما

مقرا بالدين في قوله قبلي فما اشار اليه بقوله قبلي ينبئ عن الضمان لان هذا عبارة عن اللزوم الا يرى ان الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وان الكفيل يسمى قبيلا لانه ضامن للمال كذا في النهاية نقلا عن المبسوط على ما مر في الكفالة من ان تنعقد الكفالة بقوله انا قبيل لان القبيل هو الكفيل اقول هنا نظر وهو ان كون القبيل بمعنى الكفيل وتضمنه معنى الضمان لا يقتضي كون قبلي منبئا عن الضمان لان كلمة قبل غير كلمة القبيل لم يذكر في كتب اللغة مجيء الاولى بمعنى الثانية قط بل الذي ذكره ائمة اللغة في كتبهم ان قبل فلان بمعنى عنده وان قبلا بمعنى مقابلة وعيانا وانه يجيء قبل بمعنى طاقة فانهم قالوا رأيته قبلا اي مقابلة وعيانا قال الله تعالى ويأتيهم العذاب قبلا اي عيانا وفي قبل فلان حق اي عنده ومالي به قبل اي طاقة واما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط فالحاصل ان كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية في باب تلك المسألة فتأمل ولو قال المقر في قوله علي او قبلي هو وديعة ووصل اي وصل قوله علي او قبلي بقوله هو وديعة صدق لان اللفظ يحتمله اي يحتمل ما قاله مجازا اي من حيث المجاز حيث يكون المضمون حفظه اي حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة والمال محله اي محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو مال الوديعة واراد الحال وهو حفظه فجاز مجازا كما في قولهم نهر جار لكنه تغيير فيصدق موصولا لا مفصولا لانه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا كما في الاستثناء قال اي قال المصنف رضي الله عنه وفي بعض نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي اي وقع في قول المقر قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما اي ينتظم الدين والامانة حتى صار قوله اي قول القائل لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا نص عليه محمد رح في الاصل حيث قال اذا قال لا حق لي على فلان برئ فلان مما هو مضمون عليه وان قال لا حق لي عنده فهو برئ مما اصله الامانة وان قال لا حق لي قبل فلان برئ مما عليه ومما عنده لان ما عنده قبله وما عليه قبله انتهى والامانة اقلهما هذا تتمة الدليل يعني ان الامانة اقل الدين والامانة فيحمل قول المقر عليها لكونها الادنى المتيقن قال المصنف رح والاول اصح اي ما ذكر في الاصل هو الاصح قال في الكافي والاول مذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليها احرى واجدر وقال في معراج الدراية والاول وهو انه اقرار بالدين اصح ذكره في المبسوط وعلل بان استعماله في الدين اغلب واكثر فكان الحمل عليه اولى انتهى اقول لقائل ان يقول ينتقض هذا التعليل بما اذا قال لا حق لي قبل فلان فانه لم يحمل هناك على الدين خاصة بل جعل ابراء عن الدين والامانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك ايضا ثم اقول يمكن دفع ذلك بامكان الفرق بين المسألتين بان يقال هذه صورة الاثبات ولما لم يتيسر جمع اثبات الدين واثبات الامانة في شيء واحد حمل على ما هو الارجح منهما في هذه الصورة واما الاخرى فصورة النفي ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الامانة عن شيء حمل على نفيهما معا في تلك الصورة ويؤيده الفرق ما ذكره المصنف في باب الوصية للاقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة ثم قال ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه انتهى كلامه واعلم انه كان قياس ترتيب وضع المسألة ان يذكر اولا ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية شرح البداية التي تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدوري والزوائد عليهما مذكورة على سبيل التفريع الا ان المصنف لما راى ان الكلام المذكور في الاصل هو الاصح قدمه في الذكر ولهذا لم يذكر في البداية غير ما ذكر في الاصل ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده ونحو ذلك كما سيأتي لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما وهو الامانة قال صاحب النهاية هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة وان احتمل ان يكون مضمونا والامانة ادناهما فيحمل عليها لكونها المتيقن هذا وهذا ان كلمة عند للقرب مع للقران احدهما للمكان يعين فيكون من خصائص العين فلا يحتمل الدين باستعماله كونه في هذه الاماكن فلما كانت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة تستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف

ای محل الحفظ

له بعض نسخ

ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتأجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين

كذا في التبيين فان قلت يشكل هذا بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه اقرار بالدين لا بالامانة مع ان الامانة ادنى قلت تعين اللفظ الى الضمان والامانة فيما نحن فيه انما نشأ من لفظ واحد وفي تلك المسئلة من لفظين والاصل ان احد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للدين فاذا جمع بينهما في الاقرار يترجح الدين كذا في المبسوط قال في النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط هذا المعنى وهو ان استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لما يوجب الامانة ممكن لا على العكس لانه حينئذ يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق اما في العكس فكان استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق والاستعارة انما تصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد المحتمل للشيئين بل انما ينظر فيه الى ما هو الاعلى المحتمل الادنى المتيقن فحمل على الادنى المتيقن لشبهه تيقنا

انتهى قوله ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار هكذا لفظ القدوري في مختصره يعني ان ما ذكره المجيب في هذه الصور كلها يكون اقرارا بالمدعى لانه خرج جوابا اذ لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور اولا وكان اعادة لتصحيح اللفظ فلما قرن كلامه في الاول والثاني بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى والياء اشار المصنف بقوله لان الهاء في الاول والثاني اي في قوله اتزنها وفي قوله انتقدها كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال في الاول اتزن الالف التي لك علي وفي الثاني انتقد الالف التي لك علي فصار كما في الايجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد اخرجه مخرج الجواب حتى لو لم يذكر حرف الكناية يعني الهاء لا يكون اقرارا بالمدعى لعدم انصرافه اي لعدم انصراف كلامه الى المذكور اي الى المذكور في الدعوى لكونه مستقلا بنفسه وكانه قال اقعد وزن الناس وانقد لهم دراهمهم او اكتسب المال ولا تؤذني بالدعوى الباطلة والتأجيل انما يكون في حق واجب هذا اشارة الى تعليل كون قوله اجلني بها اقرارا يعني ان التأجيل انما يكون في حق واجب لانه للترفيه فاقتضى ذلك ان يكون طلب التأجيل اقرارا بحق واجب والقضاء يتلو الوجوب اي يتبع الوجوب هذا اشارة الى تعليل كون قوله قد قضيتكها اقرارا يعني ان القضاء يقتضي سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه فلما ادعى قضاء الالف صار مقرا بوجوبها ودعوى الابراء بان قال ابرأتني منها كالقضاء اي كدعوى القضاء لما بينا اشار به الى قوله والقضاء يتلو الوجوب يعني ان الابراء ايضا يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون في مال واجب عليه كذا في الكافي اقول ههنا اشكال وهو انه قد انطبقت كلمة الفقهاء في كتاب الاقرار على ان قوله المدعى بالالف للمدعي قد قضيتكها او ابرأتني منها اقرار بوجوب الالف عليه وقالوا في تعليل هذا ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء يتلوه وقد صرحوا في كتاب الدعوى في اكثر المعتبرات وفي مسائل شتى من كتاب القضاء في الهداية والوقاية ان المدعى عليه بالالف لو قال للمدعي ليس لك علي شيء قط او ما كان لك علي شيء قط ثم ادعى قضاء تلك الالف للمدعي او ادعى ابراء المدعي اياه من تلك الالف واقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند اصحابنا سوى زفر وقالوا في تعليل ذلك ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة حتى قال المصنف هناك الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى ولم يعتبروا قول زفر هناك ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء وقد انكره فيكون مناقضا وكان بين كلامي المقررين في المقامين تدافع كما لا يخفى فتدبر وكذا دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان ذلك ايضا اقرارا لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب يعني ان الصدقة والهبة من قبيل التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التملك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته كما لا يخفى وكذا لو قال احلتك بها على فلان كان هذا القول منه ايضا اقرارا لانه تحويل الدين من ذمة الى ذمة وذا لا يكون بدون الوجوب وكذا لو قال والله لا اقضيكها اليوم او لا ازنها لك اليوم لان نفي القضاء او الوزن في وقت بعينه وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه فاما اذا لم يكن اصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا ابدا فلا يحتاج الى تأكيد نفي القضاء باليمين لانه منتف في نفسه كذا في المبسوط ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فاومى برأسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره

قال ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رحمه الله لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله

كذا في الكافي وغيره قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا اي عندنا وقال الشافعي رحمه الله يلزمه الدين مؤجلا لانه اقر بمال موصوف بانه مؤجل الى وقت فيلزمه بالوصف الذي اقر به وهذا ليس بشيء لان الاجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذي هو حق الدائن ولكنه مؤخر للمطالبة الى مضيه فكان دعواه الاجل كدعواه الابراء كذا ذكر في باب الاستثناء من المبسوط قال المصنف رحمه الله في تعليل قول اصحابنا لانه اي لان المقر بدين مؤجل اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه اي في ذلك المال فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى فصار اي فصار المقر في هذه الصورة كما اذا اقر لغيره بعبد في يده اي بعبد كائن في يد نفسه بانه ملك ذلك الغير وادعى الاجارة اي ادعى انه استاجر العبد من صاحبه فصدقه المقر له في الملك دون الاجارة فانه لا يصدق هناك في دعوى الاجارة فكذا ههنا في دعوى الاجل بخلاف الاقرار بالدراهم السود اي بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فصدقه المقر له بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض لانه اي لان السواد صفة فيه اي في الدراهم او فيما اقر به فيلزمه ما اقر به على الصفة التي اقر بها واما الاجل فليس بصفة في الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهر وقيم المتلفات بل الاجل فيها امر عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط والقول للمنكر العارض وقد اشار اليه بقوله وقد مرت المسئلة في الكفالة فانه قال في فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ثم قال ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل انتهى قال اي القدوري في مختصره ويستحلف المقر له يعني ان المقر له يستحلف للمقر ان استحلفه على الاجل اي على انكار الاجل فانه منكر حقا عليه فان المقر يدعي عليه التاجيل وهو منكر ذلك واليمين على المنكر بالحديث المشهور قال في النهاية وفي الذخيرة في الفصل الاول من كتاب الاقرار لا يبطل الاقرار بالحلف حتى ان من اقر لرجل فقدمه ثم انكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم اقام الطالب بينة على اقراره قضى له بالمقر به فان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم وكذا لو قال مائة ودرهمان او مائة وثلاثة دراهم ذكره الامام قاضيخان حيث قال في فتاواه ولو قال له علي الف ودرهم او علي الف ودرهمان او الف وثلاثة دراهم كان الكل دراهم انتهى ولو قال مائة وثوب اي لو قال له علي مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه اي الى المقر قال المصنف رحمه الله وهو القياس في الاول يعني ان لزوم درهم واحد والرجوع في تفسير المائة الى المقر هو القياس في الفصل الاول ايضا وهو قوله له علي مائة ودرهم ونظائره وبه قال الشافعي رحمه الله اي وبالقياس اخذ الشافعي رحمه الله في هذا الفصل ايضا لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها اي على المائة بالواو العاطفة لا تفسير لها لان العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وهو قوله له علي مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير الى البيان ولكن علماؤنا رحمهم الله تعالى تركوا القياس في الفصلين واخذوا بالاستحسان في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما اذا قال له علي مائة ودرهم او مائة ودينار او مائة وقفيز حنطة او مائة ومن زعفران قال المصنف رحمه الله ووجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم اي ان الناس استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره اي بذكر الدرهم مرة عقيب العددين الا يرى انهم يقولون احد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل وهذا اي استثقالهم فيما يكثر استعماله وذلك اي كثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك اي كثرة الوجوب بكثرة الاسباب في الدراهم والمكيل والموزون يعني فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بالعموم البلوى اما الثياب وما

او لان [illegible] كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال و[illegible]
فلا يكثر وجوبها فتمسك فيها بالحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين [illegible]
ولا تفسير لهما ذكر بحرف العطف فصارا كشيء واحد فانصرف التفسير اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير كلمة قال ومن اقر بتمر
تمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة
وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق

وما لا يوزن لا يكثر وجوبها فان الثياب لا تثبت في الذمة دينا الا في السلم والشاة ونحوها لا تثبت دينا في الذمة اصلا فبقي اسم ... هذا القسم على الحقيقة
اس على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لا الى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت ههنا اقول في تقرير ... انهم
على ما ذكره المصنف نظر اذ لا فائدة كثيرا ما يذكرون الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدي فيما نحن فيه اذ الم يذكر الدرهم فيه عقيب احد العددين بل انما ذكر عقيب عدد
واحد وهو المائة وانما يتاتى لهم اكتفوا بذكر مثل الثوب ايضا عقيب العددين لا يرى الى ما سياتي انه اذا قال مائة وثلاثة اثواب يكون الكل ثوابا لانصرف
التفسير الى مجموع العددين المبهمين المذكورين قبله ويمكن ان يتمحل في الجواب بان يقال مراد المصنف رح انهم استثقلوا تكرار المميز في كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة
في بعض الاعداد واللاختصار الا يرى انهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الاطلاق والاطراد كذلك اكتفوا به في عدد واحد ايضا فيما يكثر استعماله ودورانه كما
كما نحن فيه نعم الاولى ههنا ان يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين وتقرير وجه الاستحسان على طرز ما ذكر في الكافي وغيره وهو ان قوله درهم بيان للمائة
عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه ودورانه في الكلام وهذا فيما يثبت في الذمة
كالاثمان والمكيل والموزون بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها وثبوتها في الذمة فبقيت على الاصل قال في النهاية ويجعل بيان المائة عند
ابي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثوب ان الكل من الثياب كذلك في قوله مائة وشاة ووجهه ان الثياب والغنم لا تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد ما لا يقسم قسمة
ولا يقسم قسمة واحدة تتحقق في اعداد المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم انتهى وتوافقه ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال رجل قال لفلان
على الف وعبد عن ابي يوسف رحمه الله انه قال القول في الاول بما شاء ولو قال الف وشاة او الف وبعير او الف وثوب او الف وفرس فهي ثياب او غنم او
ولا يشبه هذا بني آدم لان بني آدم لا يقسم الجنس كذا قال الامام الزيلعي رح في التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية وهذا ليس بظاهر فان عنده يقسم الرقيق كالغنم وانما لا
عند ابي حنيفة رحمه الله انتهى فتامل قال المصنف رح وكذا اذا قال مائة وثوبان اي يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا من ان الثياب لا يكال ولا يوزن لا يكثر
وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين وعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف حتى يوجب
المغايرة فانصرف اليهما اي فانصرف التفسير المذكور الى العددين جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير كان كلها اي كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين
ثيابا لا يقال الاثواب جمع لا يصلح مميز المائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد كذا في الكافي والشروح قال في القدوري في مختصره ومن اقر بتمر في
قوصرة لزمه التمر والقوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب وقولهم انما تسمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهو زبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب قال صاحب
الجمهرة اما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روي افلح من كانت له قوصرة ياكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا ادري ما صحة هذا البيت كذا في غاية البيان قال المصنف رح
وفسره في الاصل اي فسر الاقرار بتمر في قوصرة في الاصل وهو المبسوط بقوله اي بقول المقر غصبت تمرا في قوصرة ووجهه اي وجه جواب هذه المسئلة وهو لزوم
التمر والقوصرة جميعا ان القوصرة وعاء له اي للتمر وظرف له اي للتمر وغصب الشيء وهو مظروف اي والحال انه مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه اي فيلزم التمر
والقوصرة المقر وكذا الطعام في السفينة اي وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق وفيما اذا قال غصبت الحنطة في الجوالق والجوالق
بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان ما كان الثاني ظرفا للاول وما يلزمه نحو ثوب في منديل
وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وما كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو قوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح لان يكون ظرفا لما اقر به
اولانه اخر كلامه كذا في المبسوط وذكر في الشروح اقول يرد على هذا الاصل النقض بما اذا اقر بدابة في اصطبل فان اللازم للمقر هناك هو الدابة خاصة عند ابي حنيفة

بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة
لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت
قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي
على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لاطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه

وابي يوسف رح كما سياتي مع انه لا ريب ان الثاني فيه صالح لان يكون ظرفا للاول فيمكن ان يقال ان ذلك من باب التخلف لمانع وقيد عدم المنع في الاحكام
الكلية غير لازم كما صرحوا به في مواضع منها اوائل كتاب الوكالة بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة يعني ان الحكم المذكور في كلمة في واما الحكم في كلمة من بخلافه لان
كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع يعني ان كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان ابتداء الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع كذا في الكفاية ومعراج الدراية
اخذا من الكافي وقال في النهاية لان كلمة من للتبعيض وانما يفهم منها الانتزاع انتهى وقال في غاية البيان وجهه ان كلمة من تستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازما منها
لا ان معناه ان من موضوعة للانتزاع انتهى اقول الحق في توجيه كلام المصنف رح ههنا ما ذهب اليه الفرقة الاولى لا ما ذهب اليه الاخرى لان كلمة من في قول القائل
غصبت تمرا من قوصرة لا تحتمل معنى التبعيض اذ لا يصح ان يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض في ذلك القول واما انفهام الانتزاع من التبعيض عند
استعمال كلمة من بمعنى التبعيض في موضع آخر فلا يجدي شيئا ههنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة بخلاف معنى الابتداء فان كلمة من في ذلك القول تحتمل الابتداء قطعا
فيتم التقريب جدا واما الحكم في كلمة على نحو ان يقول غصبت اكافا على حمار فكان اقرارا بغصب الاكاف خاصة والحمار ذكر للبيان بمحل المغصوب حين اخذه وغصب
الشيء من محل لا يكون متضمنا غصب المحل كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة انما قال
لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما ان هذا الكلام اقرار بهما جميعا الا ان اللزوم على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في الدابة خاصة واليه
اشار المصنف رح بقوله لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل عندهما
والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما اي يضمن الدابة والاصطبل لان محمدا رحمه الله يرى غصب العقار
فيدخل في الضمان عنده كما يدخل في الاقرار ومثله الطعام في البيت اي ومثل الاقرار بالدابة في الاصطبل الاقرار بالطعام في البيت قال في المبسوط
ولو قال غصبت منك طعاما في بيت كان هذا بمنزلة قوله في سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا ان الطعام يدخل
في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول ابي حنيفة رح وابي يوسف لانه مما لا ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل
وان قال لم احول الطعام من موضعه لم يصدق في ذلك لانه اقر بغصب تام وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم انقله راجعا عما اقر به فلم يقبل
فكان ضامنا للطعام وفي قول محمد رح هو ضامن للبيت ايضا الى هنا لفظ المبسوط قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص
قال المصنف في تعليله لان اسم الخاتم يشمل الكل اي يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولهما اسم الخاتم لزماه جميعا
بالاقرار بالخاتم ومن اقر له اي لغيره بسيف فله النصل وهو حديدة السيف والجفن وهو الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف لان الاسم يعني
اسم السيف ينطوي اي يشتمل على الكل ومن اقر بحجلة الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس وهي بيت يزين بالثياب والاسرة والستور كذا في الصحاح فله اي
فللمقر له العيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود والكسوة اي وله الكسوة ايضا لاطلاق الاسم اي اسم الحجلة على الكل عرفا فلما كان
وكذا لو اقر بدار او ارض لرجل دخل البناء والاشجار اذا كانا فيهما حتى ان المقر لو اقام بينة بعد ذلك على ان البناء والاشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته وكذا لو اقام
المقر بالخاتم بينة على ان الفص له لم تقبل بينته واما اذا قال هذا الخاتم لي وفصه لك او هذا السيف لي وحليته لك او هذه الجبة لي وبطانتها لك فالمقر له الكل
فالقول للمقر فيه وبعد ذلك ينظر ان لم يكن في نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر كان واجبا على المقر ان يعطيه قيمة ما اقر
كذا في الذخيرة وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه اي المنديل ظرف للثوب لان الثوب يلف فيه وقد مر ان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف

وكذا لو قال على ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رح

وكذا الحكم لو قال على ثوب في ثوب لانه ظرف اي لان الثوب الثاني ظرف للثوب الاول فيلزمه الثوبان جميعا بخلاف قوله درهم في درهم اي بخلاف ما لو قال درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه اي لان قوله في درهم ضرب اي ضرب حساب لا ظرف كما لا يخفى وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وفي الكافي وهو قول ابي حنيفة رح وقد رجع الى قول ابي حنيفة رح اولا وقال محمد رح يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف يعني ان كلمة في حقيقة في الظرف وقد امكن العمل بالحقيقة ههنا لان الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته في عشرة اثواب فلا يصار الى المجاز قيل هو منقوض على اصله فانه لو قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عنده مع ان في هذه الصورة ايضا مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة كذا في الشروح قال في النهاية واليه اشار في المبسوط ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك في ان المراد بحرف في ههنا معنى الظرف او معنى البين وبالشك لا يثبت الزائد على الواحد والاصل براءة الذمم لانها خلقت بريئة عرية عن الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة قوية ولم توجد فيما زاد على الواحد فلم يلزمه الا ثوب واحد على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء يعني ان مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما جاوره فانما قال ثوب في اثواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه ولا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ظاهر فانه وعاء وليس بموعى فانه كل ههنا بمجرد الكثرة لا للاستغراق كما قالوا في نظائرها فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة في على الظرف في قوله ثوب في عشرة اثواب فتعين الاول اي المعنى الاول الذي هو البين محملا لكلمة في قول المقر فكانه قال على ثوب بين عشرة اثواب لم يلزمه بهذا المعنى الا ثوب واحد قال كثير من الشراح في حل هذا المقام فاذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا بعض منهم صاحب الغاية ان يقال فتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في بمعنى البين انتهى اقول هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح اذ لا يساعده كلام المصنف رح جعل آخر كلام المقر لغوا ولا قوله فتعين الاول محملا يدل على ان آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة اثواب محمول متعينا وهو معنى البين المذكور ولا ناظر الى آخر كلامه بل تعين محمل صحيح من المعاني المستعملة فيها كلمة في المبسوط جعل ذلك لغوا ليس الغاء كلام العاقل يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما امكن ثم من العجائب ان ما زاده صاحب الغاية في قوله وتعين اول كلامه محملا بعد قوله كان آخر كلامه لغوا يدل على انه جعل الاول في قول المصنف فتعين الاول محملا على اول كلام المقر وهذا مع كونه مما يأبى عنه جدا ينافيه تفسيره بقوله يعني ان يكون في بمعنى البين لان الكون في معنى البين انما يتصور في آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة اثواب دون اول كلامه وهو قوله على ثوب اذ لا مساس له بمعنى البين اصلا واعلم ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قد اشتبه على في هذه المسائل كلها ان المراد في هذه المسائل كلها ان المقر معين مشار اليه ام يستوي المعين والمنكر في ذلك الى ان ظفرت لرواية محمد رحمه الله تعالى وهو انه يستوي فيه المعرف والمنكر ويرجع في بيان المنكر اليه وهو قال في المحيط ولو قال غصبتك ثوبا في منديل فهو اقرار بغصب الثوب والمنديل ويرجع في البيان اليه ولو قال درهما في درهم او درهما في طعام لم يلزمه الا درهم لان الاصل في هذه المسائل ان في متى دخلت على ما يصلح ظرفا ويحمل ظرفا عادة اقتضى غصبهما والا اقتضى غصب الاول دون غيره الى ههنا كلامه ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليله لان الضرب لا يكثر المال يعني ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في تكثير المال فخمسة دراهم وزنا وان جعل الف جزء لا يزداد فيه وزنه فيبطل على ان حساب الضرب في الممسوحات لا في الموزونات كذا قالوا ولان حرف في حقيقة في الظرف حقيقة والدراهم لا يكون ظرفا للدراهم فاستعماله في غير الظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل اي على جذوع النخل وليس حمله على احدهما اولى من الآخر فلزمه خمسة باول كلامه ولغا آخره كذا في المبسوط وغيره وقال الحسن يعني ابن زياد

يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرّ الدلائل في الطلاق

فصل

قال ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا

لصاحب ابي حنيفة رح يلزمه خمسة وعشرون لان الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند اهل الحساب وقد مر جوابه ايضا قال المصنف رح وقد ذكرناه في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق ولم يذكر المصنف رح هذه المسألة ثمه صريحا بل فهم ذلك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر رح فيما لو قال انت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فعندنا لا يقع الا ثنتان وعنده يقع ثلث وانما ذكر مسألة الاقرار صريحا في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير كذا في نهاية البيان ولو قال اردت خمسة مع خمسة اي لو قال المقر اردت بقولي خمسة في خمسة خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي كذا في الكافي ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة ايضا لانه يستعمل في بمعنى واو العطف كذا في المبسوط وقد ذكر المصنف رح في باب ايقاع الطلاق انه لو قال واحدة في ثنتين واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان في يأتي بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني الى هنا لفظه قال صاحب النهاية ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط انه لو اراد في بمعنى على ما حكمه عند علمائنا وذكر في الذخيرة ان حكمه ايضا كحكم في حتى لو قال لفلان علي عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة او قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان اي الابتداء والانتهاء وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان قال في النهاية والقياس ما قاله زفر رح فانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار فكذلك ههنا لا يدخل الحدان وابو يوسف رح ومحمد رح قالا هو كذلك في حد قائم بنفسه كما في المحسوسات فاما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فاما فيما ليس بواجب فلا يتصور ان يكون حدا لما هو واجب وابو حنيفة رحمه الله يقول الاصل ما قاله زفر رح من ان الحد غير المحدود وما لا يقوم بنفسه حد ذكرا وان لم يكن واجبا الا ان الغاية الاولى لا بد من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث واجب ولا يتحقق الثاني بدون الاول لان الكلام يستدعي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون واجبا صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من ان يكون واجبا ثم الثالث والرابع وكذا بعده فلاجل هذه الضرورة ادخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس انتهى والحاصل ان ما قاله ابو حنيفة رح في الغاية الاولى استحسان وما قاله زفر رح فيها قياس كذا في مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله اي للمقر له ما بينهما اي ما بين الحائطين وليس له من الحائطين شيء اي لا تدخل الغايتان في هذه الصورة بالاتفاق قال المصنف رح وقد مرت الدلائل اي دلائل هذه المسائل في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

فصل لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسألة الخيار اتباعا للمبسوط كذا في الشروح ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فهو لا يخلو عن ثلثة اوجه لانه اما ان يبين سببا او لا يبين سببا فاما ان يكون ذلك السبب صالحا او غير صالح فان كان صالحا وهو الذي ذكره بقوله فان قال اوصى بها اي بالالف له اي للحمل وهو الجنين فلان او قال مات ابوه اي ابو الحمل فورثه اي ورث الحمل الالف ضمير الالف اولا باعتبار الدراهم وذكره ثانيا لكون لفظ الالف مذكرا قال في الاصل قال في القاموس الالف من العدد مذكر ولو انث باعتبار الدراهم جاز انتهى فالاقرار في هذا الوجه صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له اي للحمل يعني انه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل فلو عاينا ما حكمنا بوجوب المال عليه كذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار صدر من اهله مضافا الى محله ولم نتيقن بكذب ما اقر به وكان صحيحا كما لو اقر به بعد الانفصال لان الجنين اهل لان يستحق المال بالارث او الوصية ثم اذا وجد السبب فلا بد من

وإن جاءت به حيا في مدة يعلم أنه كان قائما وقت الإقرار لزمه وإن جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لأنه إقرار في الحقيقة لهما وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما

وجود المقر له عنده فإن جاءت أي فلانة به أي بالولد في مدة يعلم بها أنه أي الولد كان قائما أي موجودا وقت الإقرار لزمه أي لزم المقر ما أقر به والعلم بأن الولد كان موجودا وقت الإقرار بطريقين أحدهما حقيقي والآخر حكمي فالحقيقي أن تضعه لأقل من ستة أشهر والحكمي أن تضعه لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت المرأة معتدة إذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن وأما إذا لم تكن معتدة وجاءت به لأكثر من ستة أشهر فلم يستحق شيئا كذا قالوا ثم إن الشراح افترقوا هنا في تعيين أول مدة يعلم بها أن الولد كان موجودا وقته فمنهم من ذهب إلى أنه من وقت الإقرار حيث قال أي لو ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما قال صدر الشريعة أيضا في شرح الوقاية ومنهم من ذهب إلى أنه من وقت موت الموصي أو المورث حيث قال بأن تضعه لأقل من ستة أشهر من موت المورث والموصي كما قاله صاحب الكافي وذكر في المبسوط أيضا أقول القول الأول وإن كان أوفق بالشروح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الإقرار إلا أن القول الثاني هو الموافق للتحقيق وهو أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق لا إنشاء الحق ابتداء كما تقرر في صدر كتاب الإقرار وأن مقتضى ذلك أن يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الإقرار وسبب الملك فيما نحن فيه إنما يتحقق وقت موت الموصي أو المورث فلا بد أن يعتبر أول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصي أو المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك فإنه إذا جاءت بالولد في مدة هي أقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لكن أكثر من سنتين من وقت موت الموصي أو المورث في غير المعتدة فالظاهر أنه لا يلزم المقر للحمل شيء لما أنها جاءت لأكثر من سنتين من وقت موت الموصي أو المورث فإنه يتعين حينئذ أن الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن أهلا لاستحقاق المال ولا يفيد كونه موجودا عند مجرد الإقرار لأن الإقرار إخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا إنشاء الملك في الحال وأما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر إلى سنتين من وقت موت الموصي أو المورث في غير المعتدة فلأنه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يحتمل عدمه بمجرد الاحتمال ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر شيء وإن كان موجودا وقت الإقرار كما إذا بين سببا غير صالح على ما سيأتي لكن بقي ههنا شيء على القول الثاني أيضا وهو أنه إذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمي لا الحقيقي وذلك بأن تضعه لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصي ولا يخفى أن الحكم بثبوت النسب إنما يكون فيما إذا ولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضي الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصي لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصي أكثر من سنتين ووقت الفراق أقل منها فإن قيل اعتبار أول المدة في الطريق الحقيقي على القول الثاني من وقت موت المورث أو الموصي ففي الطريق الحكمي أيضا كذلك فلا يتصور حينئذ أن يكون وقت موت المورث أو الموصي أكثر من سنتين إلا أن يكون طريقا للعلم بذلك أصلا قلنا فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب أصلا حتى يكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصي لجواز أن يكون وقت موت الموصي أقل من سنتين ووقت الفراق أكثر منها فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل وإن جاءت به أي إن جاءت فلانة بالولد ميتا فالمال للموصي فيما إذا قال أوصى به فلان والمورث فيما إذا قال مات أبوه فورثه حتى يقسم بين ورثته أي يقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصي والمورث لأنه أي لأن ما قاله إقرار في الحقيقة لهما أي للموصي والمورث وإنما ينتقل منهما إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل إليه ههنا لأنه مات قبل الولادة ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين إن كانا ذكرين أو أنثيين وإن كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا إذا لم يكونا من أولاد أم الميت للصلب وأما إن

ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين سببا مستحيلا **قال** فان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح
وقال محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه
ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كانه صرح به

لكونهم وارثا شهرين في الاستحقاق والقسمة سواء اقول لا حاجة الى هذا التقييد بالنظر الى وضع المسئلة وهو ان قال المقر ان ابوه فورثته فلهذا لم يتعرض له شراح الكتاب
وصاحب الكافي وغيرهم واما بالنظر الى مطلق الارث فلا بد من التقييد وان كان السبب غير صالح وهو الذي ذكر بقوله ولو قال المقر باعني او اقرضني او قرضني اي ابا
الحمل واقرضني لم يلزمه شيء لانه بين سببا مستحيلا اي لان المقر بين سببا مستحيلا في العادة اذ لا يتصور البيع والاقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية
لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شيء فان قيل فهذا يكون
رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل قد يشتبه على الجاهل فيظن ان الجنين يثبت عليه الولاية
كالمنفصل فيعامله ثم يقر به بذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا وكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه كذا في
المبسوط واكثر الشروح قال في العناية اجيب بانه ليس برجوع بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويده فلان صحيحة انتهى اقول فيه بحث لانه ان
ظهر كذبه فانما ظهر في بيان ذلك السبب الغير الصالح لا في اصل اقراره وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن اصل اقراره الواقع في الاول كالاسبحوان انه
يكون صادقا في اصل اقراره بان يكون له سبب صالح في نفس الامر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فانه كاذب هناك
في اصل اقراره بيقين فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره فان قلت كما ان البيع والاقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع ومع ذلك
لو اقر ان عليه الف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع والاقراض والاجارة فانه صحيح يؤاخذ به قلت الرضيع وان كان لا يتجر بنفسه لكنه من اهل ان يستحق الدين
بهذا السبب بتجارة وليه فلذلك لا اقرار له ان كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي او الاب باذن القاضي وان تصور ذلك من نائبه جاز من المقر
اضافة الاقرار اليه لان فعل النائب قد يضاف الى المنوب عنه كذا في النهاية وغيرها وان لم يبين سببا اصلا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح الاقرار عند
ابي يوسف وقيل ابو حنيفة رح معه وقيل الشافعي في قول وقال محمد رح يصح وبه قال الشافعي رح في الاصح ومالك واحمد رح لان الاقرار من الحجج الشرعية فيجب اعماله مهما امكن وذلك اذا صدر من
اهله مضافا الى محله وقد امكن اعماله ههنا اذ لا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى محله بالحمل على السبب الصالح وهو الميراث او الوصية
تحريا للجواز وتصحيحا للكلام العاقل كالعبد المأذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة واحتمل الجواز بكونه من التجارة كان تصحيحا لكلام
العاقل ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه اي مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين في الشركة عليه
اي على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى يؤاخذ به العبد المأذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال ولو
الاقرار بدين المهر وارش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر ابدا كذا في المبسوط فيصير اي فيصير المقر فيما اذا ابهم بدلالة العرف كما اذا
صرح به اي بسبب التجارة ولو صرح به كان فاسدا فكذا اذا ابهم قال في النهاية ولابي يوسف رح وجهان احدهما ما ذكر في الكتاب والثاني ما ذكره في الذخيرة فقال
ان هذا اقرار صدر من اهله لا اهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قال محمد الا ان حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس
احدهما بان يعتبر سببا اولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بالف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري
مع عبد آخر من البائع بالف وخمسمائة وقيمتهما على السواء كان البيع في الذي اشتراه من البائع فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين
بان يصرف اليه مثل الثمن او اكثر والجمع بينهما متعذر وليس احدهما باولى من الآخر فيتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد ولهذا اختلاف
العبد المأذون اذا اقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة وهي التجارة والفساد جهات منها الخلاف الا ... سببا ليس غيره ... ...

قال ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه لأن له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه

للجنين وصية أو ميراثا كان الاقرار صحيحا لأن جهة الجواز متعينة وهي ما صرح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه أقول الوجه الذي ذكر في الذخيرة منظور فيه أما أولا فلأنا
لا نسلم أن كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الاقرار بالحمل مع تعذر الجمع بينهما وعدم تعين أحد منهما ينافي صحة إبهام الاقرار لتحقق تعدد وجه
الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه من الوجهين المذكورين للجواز وإن لم يتعين خصوصية واحد منهما ألا يرى أن جهالة نفس المقر له
لا تمنع صحة الاقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقر به غاية الأمر أن يلزم المقر بيان خصوصية أحد ذينك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقر له
المجهول فمن أين يلزم الحكم بالفساد وأما ثانيا فلأن ذلك الدليل منقوض بما إذا قال لرجل لك علي ألف درهم ولم يبين سببه فإن هذا الاقرار صحيح بالاتفاق
مع أنه يحتمل الجواز وهو ظاهر والفساد بأن يكون بسبب ثمن خمر أو خنزير أو دم أو ميتة ولا شك أن لجواز الدين أسبابا كثيرة متعذرة الاجتماع ليس أحدها
أولى من الآخر وأما ثالثا فلأن التنظير المذكور فيه ليس بتام لأن الجهالة في مسألة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد
الذي اشتراه من البائع فإنه لما جاز بيعه بوجهين بأن يصرف إليه مثل الثمن الأول وبأن يصرف إليه أكثر من الثمن الأول ولم يتعين أحد ذينك الوجهين تحققت
الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة بلا كلام بخلاف جهالة السبب في الاقرار كما حققته على أن تعليل فساد البيع في تلك المسألة بما ذكر ليس بتام أيضا لأنه ينتقض
بصحة بيع عبد آخر له فإنه يجوز بيعه أيضا بوجهين بأن يصرف إليه ما بقي من مثل الثمن الأول للعبد المشتري من البائع أو ما بقي من أكثر منه فإنه إذا صرف إلى أحدهما
شيء من الثمن المسمى فما يكون الباقي منه مصروفا إلى الآخر ضرورة فتعدد وجه الجواز في أحدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر أيضا مع أن بيع عبد آخر في المسألة
المزبورة ليس بفاسد إجماعا وينتقض أيضا بصحة بيع العبدين جميعا فيما إذا باع العبد المشتري بألف بعد نقد الثمن مع عبد آخر من البائع بألف وخمسمائة فإن
التعليل المذكور يجري في هذه الصورة أيضا بعينه بل مع زيادة لأنه يجوز أن يصرف إلى العبد المشتري من البائع في هذه الصورة أقل من الثمن الأول بخلاف
الصورة الأولى فإنه زاد في هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشتري من البائع في الصورة الأولى بوجه آخر
لا يرد عليه شيء من ما يلي النقض فتأمل وراجع محلها قال أي القدوري في مختصره ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه أي لزم المقر ما أقر به
لأن له أي للاقرار وجها صحيحا وهو الوصية به أي بالحمل من جهة غيره أي غير المقر بأن أوصى بالحمل مالك الجارية أو مالك الشاة لرجل ومات فأقر وارثه وهو عالم بوصية
مورثه بأن هذا الحمل لفلان أوصى ذلك له فوجب الحمل عليه وهو المراد بقوله فحمل عليه قال الشراح ولا وجه للميراث في هذه الصورة لأن من له ميراث في
الحمل له ميراث في الحامل أقول ليس الأمر كذلك فإن الفقهاء صرحوا بأن من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء وسيأتي المسألة بعينها في كتاب الوصايا
من هذا الكتاب فحينئذ يجوز أن يوصي مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثني حملها ويموت فإذن يصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت فإذا أقر الموصى له بعد
قبض الحامل باستحقاقه إياها بأن حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح إقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث في هذه الصورة
والتعليل بأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل كما لا يخفى فإن ما ذكرته وجه حسن دقيق لم يتنبه له الجمهور ثم أقول يشكل بهذه المسألة الوجه الذي ذكر
في الكتاب وفي المبسوط من قبل أبي يوسف رحمه الله في المسألة الأولى في صورة إبهام الاقرار فإن مطلق الاقرار لم يصرف هاهنا إلى الاقرار بسبب التجارة من
بيع الحمل من المقر له ونحو ذلك من سبب لغير الصالحة في حق الحمل بل صرف عندهم جميعا إلى الاقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكر في ذلك الوجه من أن
مطلق الاقرار ينصرف إلى الاقرار بسبب التجارة فيصير كأنه صرح به فتدبر ثم إن جماعة من الشراح بيان الفرق لأبي يوسف رحمه الله بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى
فقال صاحب الغاية والفرق لأبي يوسف رحمه الله بين هذه المسألة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسألة الأولى حيث لم يجوز الاقرار بالحمل إذا أبهم الاقرار أن هاهنا

قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء

وما في معناه **قال** ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي

التصحيح متعين هو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح غير متعين لانه يحتمل الميراث والوصية والى ذلك اشار محمد رح في الاصل لابي يوسف قال ارايت لو ولدت حملا وجارية كيف يقسم المال بينهما اثلاثا باعتبار الميراث ام نصفين باعتبار الوصية ففيه اشارة الى ان جواز الاقرار متعدد لاحتماله وجهين ارثا ووصية انتهى قال صاحب النهاية فقد ذكر آنفا انه اذا كانت جهة الجواز متعددة لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز فلم يكن احدهما في الحمل عليها باولى من الآخر واما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما في هذه المسألة فان مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل عليه غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب ايضا في الام لشيوع حقه في جميع التركة واما الوصية فيحمل جارية او حمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة الجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رح في صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا بالحمل بما ذكرنا ان هناك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية وليس احدهما اولى من الاخرى فيعقبه البطلان انتهى وبهذا ذكر الفرق صاحب الكفاية ايضا اقول ما ذكروه من الفرق على حرفين احدهما ان تعدد جهة الجواز ينافي الحمل على الجواز وثانيهما ان جهة الجواز في هذه المسألة منحصرة في الوصية وقد عرفت ما في كل واحد فيهما بما ذكرناه في المقامين فيما مر آنفا قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط يعني ومن اقر بدين على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام صح الاقرار وبطل الشرط اما بطلان الشرط وهو الاهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله اي لا يحتمل الفسخ يعني ان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره او لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه واما صحة الاقرار التي حكمها لزوم المقر كما اشار اليه بقوله ولزمه المال اي ولزم المقر المال الذي اقر به فلما ذكره بقوله لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي ونحو ذلك ولم تنعدم اي اللزوم وقيل اي الاخبار بهذا الشرط الباطل يعني شرط الخيار اذ لا تاثير للباطل ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا الغاينا حكم الاقرار وهو اللزوم كان التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا في المبسوط وغيره قال في المحيط البرهاني هذا اذا اقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب فاما اذا بين السبب بان قال لفلان علي الف درهم من قرض او غصب بعينه او مستهلك او وديعة بعينها او مستهلكة على اني بالخيار فالخيار باطل والمال لازم لانه وان بين السبب لان اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح لان سبب الوجوب ان كان استهلاكا فالاستهلاك فعل متحقق لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قرضا او غصبا بعينه او وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قابلا للفسخ بالرد لان حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بان يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة ولو قال لفلان علي الف درهم من ثمن بيع على اني المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل في جانب المقر انما ذكره في جانب المقر له ولا شك ان المقر له اذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لانه ينفي الحاصل بدعوى شراء بشرط الخيار وقد انكر البائع الخيار ولا شك انه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لان هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب هو الشراء واشتراط الخيار في الشراء يستقيم بخلاف ما اذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لان هناك الخيار مشروط في الاقرار واشتراط الخيار في الاقرار لا يستقيم فان كذبه المقر له في الخيار فارادوا ان يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في الاصل قالوا ويجب ان لا تسمع بينته لان البينة انما تسمع اذا ترتب على دعوى صحيحة ودعوى الخيار من المشتري هنا لم تصح لمكان التناقض الى هنا لفظ المحيط

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا كالشرط ونحوه لان الاصل عدم التغيير قال اي القدوري في مختصره ومن استثنى متصلا باقراره اي موصولا باقراره لا مفصولا عنه صح الاستثناء ولزمه الباقي اي لزم المقر

لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وصح استثناء الاقل والاكثر فان استثنى الكل
لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر وجهه في الطلاق

بعد الثنيا لان الاستثناء مع الجملة اي مع صدر الكلام عبارة عن الباقي فان معنى قوله علي عشرة الا واحدا اليمين علي تسعة لما عرفت في الاصول ولكن لا بد من الاتصال
لان الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وهذا قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول وصح
استثناء الاقل اي الاقل من الباقي كما في قوله لفلان علي الف الا اربعمائة او الاكثر منه كما في قوله لفلان علي الف الا ستمائة يعني لا فصل بين كون المستثنى منه
او الاكثر وهو ايضا قول الاكثر وفي الغاية وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم به كذا في معراج الدراية وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من
الاقل عن احمد رحمه الله مثله انتهى وفي الكافي عن ابي يوسف رحمه الله وهو قول مالك والفراء انه لا يصح استثناء الاكثر انتهى ويوافقه ما ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده في
مبسوطه حيث قال اذا قال لفلان علي الف الا ستمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول تسعمائة
ابي يوسف رحمه الله على ما روي عنه في غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الالف لان المستثنى اكثر من المستثنى منه انتهى قال جماعة من الشراح والدليل على جواز
ذلك عندنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه اقول في كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الاكثر نظر لان صاحب الكشاف قال
في تفسيره نصفه بدل من الليل والا قليلا استثناء من النصف كانه قال قم اقل من نصف الليل ثم قال او ان شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا فعلى كذا العيني ثم
الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الاكثر لما عرفته الاول فلان المستثنى لا يكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بانه اكثر من الباقي نعم على جعله انه اقل الليل بعد
لكن يحتمل ان يكون ذلك اقل من الباقي ايضا واما على الوجه الثاني فلان المستثنى يكون حينئذ هو النصف لا الاكثر والمدعى جواز استثناء الاكثر قال الطحاوي في الاستدلال
عليه ما ذكر في كثير من الشروح وهو ان طريق صحة الاستثناء ان يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق في ذلك بين استثناء الاقل والاكثر وعدم تكلم العرب به لا يمنع
صحته اذا كان موافقا لطريقهم الا يرى ان استثناء الكسور لم يتكلم به العرب وكان صحيحا ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما استثناء الكثير من القليل
بان قال لفلان علي عشرة دراهم الا تسعة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم الا ما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان
المنقول عن ائمة اللغة ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل الا ان هذا النوع
من الاستثناء غير مستحسن عند اهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط مما يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه
لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح انتهى كلامه ثم ان مما يجوز استثناء الاكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب في مختصره من اصول الفقه وهو قوله تعالى ان عبادي ليس لك
عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين اكثر بدليل قوله تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين فان استثنى الجميع اي الكل بان قال له علي
الف درهم الا الف درهم لزمه الاقرار اي لزم المقر جميع ما اقر به وبطل الاستثناء اي لغا ما ذكر في صورة الاستثناء لانه اي لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد
الثنيا اي بالباقي بعد الثنيا ولا حاصل بعده اي ولا باقي بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء فيكون رجوعا اي فيكون ما ذكر في صورة الاستثناء رجوعا
عن الاقرار لا استثناء حقيقيا والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد باطل ان كان موصولا انما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان ولا كلام [illegible]
ليس من البيان في شيء كذا في المبسوط وغيره وقال في غاية البيان وكذلك اذا استثنى اكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلان لا يجوز استثناء
الالف وزيادة اولى قال المصنف رحمه الله وقد مر وجهه في الطلاق اي في فصل الاستثناء في كتاب الطلاق اعلم ان هذا الذي ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ
المستثنى منه واما اذا كان المستثنى من خلاف جنس لفظ المستثنى منه فيصح الاستثناء وان اتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نسائي طوالق الا هؤلاء وليس له نساء الا
هؤلاء يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائي طوالق الا نسائي لم يصح الاستثناء ويطلقن كلهن وكذا اذا قال عبيدي احرار الا عبيدي لم يصح الاستثناء وعتقوا

ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رح لا يصح فيهما وقال الشافعي
يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا جنسا من حيث المالية

كلهم ولو قال عبيدي احرار الا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء العتق واحد منهم وكذلك لو قال اوصيت بثلث مالي الا الف درهم والثلث الالف درهم يصح الاستثناء
وابطلت الوصية ولو قال اوصيت بثلث مالي الا الف الا ثلث مالي كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء كذا في شرح الطحاوي والقدر انفسخ المصنف رح عن هذا
في الباب الاول من ابواب الزيادات حيث قال استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال نسائي طوالق
الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد وحفصة يأتي على الكل يصح انتهى وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك ههنا وهذا الفقه وهو ان الاستثناء تصرف لفظي فيتبنى
على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا يرى انه اذا قال لامرأته انت طالق ست طلقات الا اربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم
لان الطلاق لا مزيد له على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا الا اربعا لما ذكرنا ان صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو ان الاستثناء متى وقع
بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام او التكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه اذا صار كانه تكلم بعده لم يكن فيما سواه لا الامر يرجع الى ذوات النساء او العبيد
ان يدخل في ملكه غير هؤلاء الجواري او العبيد واذا كان كذلك يصح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا التكلم
بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب الغاية ايضا ولكن بتغير اسلوب تحريره
اقول التحقيق الذي ذكروه مما لا يساعده لفظ المصنف في الزيادات لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام
او التكلم بالحاصل بعد الثنيا انما يتمشى عند كون غير اللفظ الاول اخص من اللفظ الاول بحسب المفهوم واما عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما لو قال
نسائي طوالق الا ازواجي او كونه اعم منه بحسبه كما لو قال نسائي طوالق الا اناثي فلا يتمشى ذلك قطعا وقول المصنف رح في الزيادات اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح
يتناول ما كان مساويا له وما كان اعم منه ايضا لان كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فينبغي ان يصح الاستثناء فيهما ايضا وليس الامر كذلك كما صرحوا به
قال في التوضيح بعد ان قال الاستثناء المستغرق باطل واصحابنا قيدوه بلفظه او بما يساويه نحو عبيدي احرار الا عبيدي او الا مماليكي لكن ان استثنى بلفظ يكون
اخص منه في المفهوم لكن في الوجود يساويه يصح نحو عبيدي احرار الا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى وقال بعض الافاضل في اصوله بعد ان قال الاستثناء المستغرق
باطل بالاتفاق وقال مشايخنا هذا اذا كان بلفظه نحو نسائي طوالق الا نسائي او بما يساويه نحو نسائي طوالق الا حلائلي او بما هو اعم منه وان استثنى بلفظ يكون اخص منه
في المفهوم يصح وان كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق الا زينب وهند وبكرة وعمرة او الا هؤلاء لانساء له سواهن حتى لا يطلق واحدة منهن انتهى فكانه نمذكر ما فيه تعارض عن ما يشبه البيان
عدم صحة الاستثناء فيما اذا كان المستثنى اكثر من المستثنى منه اي اعم منه ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز بالقفيز الذي
في مختصره يعني يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار او قيمة قفيز الحنطة قال المص وهذا اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله استحسانا ولو قال
له علي مائة الا ثوبا اي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء قياسا واستحسانا باتفاق اصحابنا وقال محمد رح لا يصح فيهما اي في الوجهين وهو القياس وبه قال زفر رح واحمد رح
وقال الشافعي رح يصح فيهما اي في الوجهين وبه قال مالك رح لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ يعني ان الاستثناء تصرف في اللفظ وهو اخراج بعض ما تناوله
صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام وهذا المعنى لا يتحقق في خلاف الجنس اي في استثناء خلاف الجنس فاطلاق الاستثناء
على المنقطع بطريق المجاز وللشافعي رح انهما اي المستثنى والمستثنى منه اتحدا جنسا من حيث المالية يعني ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فاتفى المانع
بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي قال في الكافي والكلام مع الشافعي رح بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة
اي انما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص في العام فتقدير قوله لفلان علي عشرة الا درهما فانه ليس علي درهم لزوم الدرهم للدليل المعارض

ووجه المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهي في الدينار وفي المكيل والموزون اوصافهما اثمان

الاول كلامه الا انه يعتبر بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان اهل اللغة قالوا ان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي وهذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما يخالف
حكم الصدر ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم بضد حكم الصدر كان هذا نفيا للشركة لا توحيدا فاذا ثبت هذا الاصل فنقول العمل بالدليل المعارض
واجب بحسب الامكان وقد امكن هنا بالمجانسة من حيث المالية وعندنا الاستثناء يمنع الكلام من ان يكون ايجابا فيما بعده المستثنى فيصير كالمتكلم بما وراء المستثنى بعد كلامه في المستثنى
من ان يكون ايجابا بالقوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما اوامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الايجاب لا في الاخبار وقد قال اهل اللغة
فالحاصل ان الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فيجمع بين القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته واما الاثبات
في كلمة التوحيد والنفي فبقصد الا انه المقصود اذ الكفار يقرون به الا انهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله
فاذا ثبت هذا الاصل فنقول الخ وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام الا انه قال في اثناء تقرير كلام الشافعي رح بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض
بحسب الامكان فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة
فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى وقد اقتفى اثره بعض من الشراح وقال صاحب العناية وكلام المصنف كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط
عند الشافعي رح ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس
بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء للبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو محتاج الى اثبات المجانسة
لاجل الدخول هذا انتهى كلامه اقول لم يقل احد من الشارحين بان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي رح سوى صاحب الغاية فانه
قال خلافا للشافعي رح لان الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة الا يرى الى قوله ۞ وبلدة ليس بها انيس ۞ الا اليعافير والا العيس ۞ استثنى
من خلاف الجنس انتهى واما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من انه ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وان لم يكن من جنسه كان
الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدال على ذلك لان المراد بالجنس في قولهم ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين هو الجنس صورة
ومعنى لا المطلق الشامل لما هو جنس معنى فقط والا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتأمل وكان المراد بالجنس في قولهم وان لم يكن
من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى ايضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطا عنده
ايضا في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية فنقول الشارح الاكمل قرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط ليس بتام
لابي حنيفة رح وابي يوسف رح ان المجانسة في الاول اي في الوجه الاول وهو قوله له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة ثابتة من حيث الثمنية يعني ان شرط الاستثناء
المتصل المجانسة وهي في الوجه الاول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله علي مائة درهم الا ثوبا قال في العناية وتحقيقه ان صدر الكلام تناول الدراهم
غير لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناوله اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعدديات
المتقاربة اما الدينار فظاهر يعني اما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الاول فظاهر لان كلا من الدينار والدرهم من جنس الاثمان
من حيث الذات بلا اشتباه والمكيل والموزون اوصافهما اثمان يعني واما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الاول فلان المكيل
والموزون اوصافهما اثمان وتوضيحه ان المكيلات والموزونات اثمان باوصافها وان لم تكن اثمانا من حيث الذات حتى لو عينت في العقد تعلق العقد بعينها
الا انها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض بها فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة والاستثناء

اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح **قال** ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لا يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه

ولم يتكلم بالباقي معنى لا صورة لانه تكلم بالباقي صورة كذا في الكافي وهو الشرح (اما الثوب) في الوجه الثاني (فليس بثمن اصلا) اي لا ذاتا ولا وصفا (ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) بل يثبت سلما او ما هو في معنى السلم كالبيع بثياب موصوفة مؤجلا الى اجل (وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم) اسم الفاعل (فصار بقدره مستثنى) تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته فصار تقدير الكلام له علي مائة الا قيمة قفيز حنطة وفي الذخيرة اذا صح الاستثناء فقدر قيمة المستثنى عن المقر به فان كانت قيمة المستثنى تستغرق ما اقر به لا يلزمه شيء (وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا) بالدراهم لعدم المجانسة (فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا) وفي بعض النسخ فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا (فلا يصح) اي الاستثناء فيجبر على البيان ثم لا يمنع صحة الاقرار لما تقرر ان جهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لان جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فيبقى المقر به مجهولا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في العناية ولقائل ان يقول الثوب لا يصلح ان يكون مقدرا من حيث اللفظ او من حيث القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر بالدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس ومعناه بما ذكرناه من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى اقول فيه بحث كلام آخر وهو انهم صرحوا بان ما يكون ثمنا بوصفه كالمكيل والموزون انما يكون ثمنا واجبا في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الرديئة والجيدة والتقييد بالسبب لذات والعين يعني لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب في الذمة ولو وصف ولم يعين صار حكمه حكم الدينار والدرهم فيجب في الذمة فالظاهر ان مثل هذا انما يصلح ان يكون مقدرا بالدرهم اذا كان موصوفا لا مطلقا وفي مسئلتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة مستثنى فلا يصلح ان يكون مقدرا للدراهم فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا في هذا الوجه ايضا فينبغي ان لا يصح الاستثناء في قوله الا قفيز حنطة فليتامل في الجواب (قال) اي القدوري في مختصره (ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار) قال في الباب الاول من اقرار المبسوط ولو قال غصبتك هذا العبد امس ان شاء الله لم يلزمه شيء استحسانا وفي القياس الاستثناء باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاءات دون الاخبارات ولكن استحسن لان الاستثناء يخرج الكلام من ان يكون عزيمة الا ان يكون في معنى الشرط فان الله تعالى اخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدني ان شاء الله صابرا فلم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبياء كالعهد من غيرهم فدل على ان الاستثناء مخرج للكلام من ان يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه والاقرار لا يكون ملزما الا بكلام هو عزيمة لكن انما يعمل هذا الاستثناء اذا كان موصولا بالكلام لا اذا كان مفصولا عنه فان المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في اقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول وهو بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان الرجوع نفي لما اثبته فكان تناقضا منه والتناقض لا يصح مفصولا كان او موصولا اما هذا فبيان فيه تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط قال المصنف رح في تعليل مسئلة الكتاب (لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال) كما هو مذهب ابي يوسف رح (او تعليق) كما هو مذهب محمد رح كذا ذكره الامام قاضيخان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق فعند من قال انه ابطال لا يقع الطلاق وعند من قال انه تعليق يقع فانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار كما بينه المصنف رح بقوله (فان كان الاول) وهو الابطال (فقد ابطل وان كان الثاني) وهو التعليق (فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل فبينهما منافاة ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا التعليق بالشرط (او لانه شرط لا يوقف عليه) اي لا يطلع عليه فان وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يكاد ان يطلع عليه احد والتعليق بما لا يوقف عليه

كمن يكون في علاوة بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة
فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا **قال** ومن اقر بدار واستثنى
بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ

غير صحيح لانه يكون اعداما من الاصل كما ذكرنا في الطلاق اي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق ولو قال لفلان علي الف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا
اقرار باطل لانه علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحلف به ولانه خبر متردد بين الصدق والكذب فان كان
صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به اصلا ولان التعليق فيما هو ايجاب يتبين به انه ليس بايقاع عند عدم
الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط والخطر نحو قوله ان دخلت الدار او ان مطرت السماء او ان هبت الريح او ان قضى الله تعالى او اراد او رضيه او احبه او قدره او يسره
او ان بشرت بكذا او ان اصبت الا ان كان كذلك وان كان حقا وان اكله مستحل له اقرار او وصله بالكلام الذي ذكرناه كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وفي
غاية البيان نقلا عن شرح الكافي للحاكم الشهيد بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة
من حيث العرف لان الناس يعتادون ذكر هذه الاشياء محل الاجل فحسب لا لان المؤجل يصير حالا بالموت ومجيء راس الشهر والفطر من آجال الناس فكانت متعينة
للعرف فيكون تاجيلا اي فيكون ذكر هذه الاشياء منه تاجيلا اي دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة لا تعليقا اي لا يكون تعليقا بالشرط حتى لو كذبه المقر له
في الاجل يكون المال حالا لان دعوى الاجل من المقر غير مقبولة عندنا الا ان يثبته بالبينة او بتصديق المقر له كما تقدم قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدار واستثنى
بناءها لنفسه بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى اي تبعا لا لفظا اي لا مقصودا باللفظ لان البناء وصف
في الدار والوصف يدخل تبعا لا قصدا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض في بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يخير المشتري والاستثناء تصرف في الملفوظ
والملفوظ عبارة عما دل عليه اللفظ ولا يتناوله اسم الدار فلا يتحقق فيه عمل الاستثناء كذا في الكافي اقول فيه اشكال لانه كان موافقا لما ذكره المصنف وغيره في كتاب الايمان من ان الدار
اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها الا انه مخالف لما ذكر في كتب اللغة فانه قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة وقال في القاموس الدار المحل يجمع
البناء والعرصة ولا يخفى ان الظاهر المتبادر من ذلك ان يكون الدار اسما لمجموع البناء والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فافتح الاشكال على من تامل ثم [illegible] ذكر
قال لفلان علي الف درهم الا قفيز حنطة فان الحنطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظا حتى يصح استثناؤه وقلت الدراهم يتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من
جهة المعنى فيصح الاستثناء ولا كذلك الدار فانها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكر البناء بطريق التناول فعند ابي الدار اسم للعرصة والبناء صفة
على ما ذكرنا والوصف يدخل تبعا لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا حتى كلامه كذا في شرح الشارح العيني اقول للمعترض ان يفرق بين المسئلتين ما لا ينبغي منه
وقد احتمله اكثر الشراح لكن المرتبة التي ذكرها الشارح المزبور لا تقطع الكلام ههنا اذ للقائل ان يقول ان اريد تناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها اياها
من حيث المعنى الوضعي للفظ الدراهم فهو ممنوع جدا اذ لا يشك احد في تلك المسئلة من اهل التحقيق ان اسم الدراهم غير متناول للحنطة لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في
تناولها اياها حكما فقلنا يتناولها كان على اصل وصافها الذي هو الثمنية وان اريد بذلك تناولها اياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ المصنف قد
صرح ههنا بان الاستثناء تصرف في الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم لا يكفي في صحة الاستثناء كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم
فقط في صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط ايضا في صحة استثناء البناء من الدار
فان البناء داخل في مبيع الدار وفي حكم اقرار بالدار ونحوهما حتى يملكه المشتري والمقر له البناء ايضا فلا بد من زيادة العناية في تقرير قول المراد بذلك
التناول من حيث الحكم لكن قصد الاتحاد والدراهم تناول الحنطة باعتبار كونهما من جنس واحد معنى وهو الثمنية تناولا قصديا لا تبعيا فان تحقق فيه الثمنية كالمكيل
والموزون الموصوف المتقارب من قبيل المقدرات فيجوز ان يكون مقصودا من الدراهم المستثنى منها اذ هي يتعين بما هو الثمنية كالدنانير فيكون بمنزلة جنس واحد الا ان ذكرنا

والفص للخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض لفلان دون البناء بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار

مع البناء لان البناء وصف للدار فلا يدخل في حكمها الا تبعا فرق بين ما يتناوله اللفظ حكما وبين ما يتبع تناوله في الحكم فان الاول مدلول اللفظ مقصود فيه واصالة فيكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ اي في مدلول اللفظ كما في شرح والثاني خارج عن مدلول اللفظ [illegible] وحكما فيه تصور [illegible] لكنه تابع له يدل له في الحكم فلا يكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ فلا يصح قال المصنف رح والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار يعني لا يصح استثناء الفص في الاقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة في الاقرار بالبستان كما لا يصح استثناء البناء في الاقرار بالدار لان كل واحد من الفص والنخلة يدخل فيه اي يدخل في [illegible] تبعا لا لفظا [illegible] في الملفوظ كما مر قال بعض العلماء قول المصنف رح هنا ان الفص يدخل تبعا لا لفظا ينافي قوله فيما مر [illegible] اسم الخاتم الكل [illegible] قوله السابق [illegible] من الشمول القصدي [illegible] ومراده نفي [illegible] الفص [illegible] الخاتم [illegible] في قوله اللاحق لنفي الدخول القصدي فلا منافاة بينهما [illegible] ولو اقر الانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دالة على العرصة في اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقر له اذ لم يكن [illegible] الا انه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن [illegible] الحلقة والفص لانه اسم خاص [illegible] اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص لكنه يتناوله بطريق التضمن انتهى كلامه اقول فيه نظر [illegible] لان اسم الدار لا يتناول البناء [illegible] بل وضع دلالة على العرصة [illegible] كتب اللغة [illegible] الى ما قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة والى ما قال في القاموس [illegible] يجمع البناء والعرصة [illegible] فان قوله لان [illegible] يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن [illegible] ان البناء [illegible] من [illegible] اسم الدار [illegible] لا يتناول البناء لغة [illegible] صحة استثناء البناء [illegible] بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له علي عشرة الا واحدا [illegible] يجوز ان يكون مراده [illegible] معنى التبعية [illegible] فيؤول الى ما قال المصنف رح وغيره لانا نقول [illegible] قوله هذه الاجزاء [illegible] التوجيه جدا [illegible] قوله في نظيره بمسئلة الاقرار بالخاتم بل [illegible] اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص لكنه يتناوله بطريق التضمن فانه نص [illegible] دخول الفص كالحلقة بطريق الاصالة دون التبعية وهو خلاف ما صرح به المصنف وسائر الثقات بخلاف ما اذا قال الا ثلثها اي اذا قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ثلثا الدار او ما عدا البيت لانه اي لان كل واحد من الثلث والبيت داخل فيه اي في الصدر الذي هو الدار لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا اقول كون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بان الدار اسم للعرصة كما ذكروه في كتاب الايمان واستدلوا على ان من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حيث [illegible] ان يكون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا ان يكون جزءا من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل للمجموع العرصة والبيوت فاذا انهدمت وصارت صحراء لزم ان تنعدم بانعدام بعض اجزائها فلم يظهر وجه الحنث في المسئلة المذكورة والعجب من صاحب البدائع انه قال هنا بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار او ثلثها او بيتا منها انه يصح الاستثناء لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فيصح انتهى فان كون الدار اسما للعرصة يقتضي عدم صحة الاستثناء في صورة استثناء البيت [illegible] البيت ليس من جنس العرصة [illegible] البيت اسم للبناء [illegible] على قول [illegible] كما عرف في الايمان في مسئلة الحلف لا يدخل بيتا فدخل صفة والعرصة هي البقعة كما سياتي [illegible] يكون حجة عليه [illegible] ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال [illegible] يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان قال المصنف في تعليله لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء يعني ان العرصة في اللغة عبارة عن البقعة ليس فيها بناء [illegible] عن البناء [illegible] تبعها البناء في الحكم فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان قال المصنف رح بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا اي بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث يكون البناء للمقر له مع الارض لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء [illegible] الى الارض [illegible] البناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع كالاقرار

الدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرناه لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة

بالدار حيث يكون البناء ايضا للمقر له هناك ان استثناه لنفسه كما مر فان قلت يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والارض لآخر فانه كما قال حتى يكون البناء للاول
والارض للثاني ولم يقل هناك لاقراره بالارض اقرار بالبناء فما وجه الفرق بينهما قلت الفرق بينهما من حيث ان الاول كلام مفيد اذ صدت اقرار معتبر بالبناء للاول ثم
ان آخر كلامه اقرار بالارض والبناء لكن الاقرار فيما صار مستحقا للغير لا يصح فكان للثاني الارض خاصة وما نحن فيه آخر كلامه اقرار بالارض والبناء جميعا فصح
اقراره بهما للمقر له وذلك لان اول كلامه وهو قوله بناؤها لي غير معتبر لانه لو كان لقيل ان يذكره فيبقى قوله وارضها لفلان والاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له
في البيع توضيح الفرق ان البناء في تلك المسئلة لما صار للمقر له الاول خرج من ان يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض للثاني بعد ذلك لا يتعدى الى البناء
وفي مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له في البناء تبعا كذا في المبسوط اعلم ان هذا الجنس خمس مسائل وتخريجها على اصلين
احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها
لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح
ارضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما قال لان بقوله ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان اقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح
ينقل البناء وسلم نقضه وان قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالارض والبناء للمقر له لان بقوله ارضها لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لي ادعى البناء
لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول لانه لما قال ارض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض ثم بقوله بناؤها لفلان
آخر كان مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان آخر فهو كما قال لانه لما قال بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وارضها
لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثاني والاقرار على الغير باطل كذا في الذخيرة ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان
شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال رضي الله عنه اي قال المصنف رحمه الله هذا اي ما ذكر من المسئلة على وجوه احدها هذا اي هذا الوجه
وهو ان يصدقه اي ان يصدق المقر له المقر ويسلم العبد وجوابه اي جواب هذا الوجه ما ذكرناه اي قوله قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال
بعض الفضلاء وفيه انه اذا سلم العبد فكيف يقال له ان شئت فسلم العبد الى آخره اقول ما ذكره انما يتجه ان لو كان المعنى ويسلم في قول المصنف رح ويسلم العبد من سلمه اليه اذا
اذا كان من سلمه اي جعله سالما له فلا لان سلامة العبد للمقر انما تحصل باعتراف المقر له بانه عبدك لا عبدي فيتحقق هذا قبل تسليم العبد الى المقر فلا ينافي ان يقال له
ان شئت فسلم العبد الخ وقد استعمل المصنف رح سلمه بمعنى الاعتراف المذكور في مواضع من كتابه هذا منها ما سياتي في فصل الدين المشترك من باب الصلح في الدين حيث قال
فان سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك في المقبوض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم انتهى ويحتمل ان يكون لفظ يسلم هنا ثلاثيا من السلامة
ويكون العبد فاعلا لا مفعولا فحينئذ لا يتوهم المنافاة اصلا قال المصنف رح في تعليل جواب الوجه المذكور لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة يعني انهما تصادقا في هذا
الوجه والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا انه اشترى منه هذا العبد بالف والعبد في يده كان عليه الف درهم كذا هنا قال صاحب العناية وفيه نظر لانهما اذا
تصادقا ثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المشتري ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس نحن فيه كذلك فان
حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل الى هنا كلامه وطعن بعض الفضلاء في جوابه بان قال وليت شعري ان ما ذكر في الكتاب حكم اية مسئلة انتهى اقول
ما ذكر في الكتاب حكم مسئلة الاقرار فان نفس الاقرار والتصادق لا يقتضي الحكم بتسليم الثمن على المقر ولا الحكم بتسليم العبد على المقر له فان كلا من الحكمين المذكورين يقتضي
الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه بل فيه اقرار محض وحكمه لزوم الالف على المقر ان سلم المقر له العبد اليه واما ان لم يسلمه اليه بان هلك في يده فلا يلزمه شيء كما هو الحكم في

والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد
له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه
ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف
ببيع غيره والآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل
ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير العين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت
او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا

ثبوت البيع معاينة وهذا معنى ما ذكر في الكتاب قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك وليس المراد من ان شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليمه اذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع الى المشتري بعد ان صح البيع وتم بل المراد منه ان لزوم الالف على المقر مشروط بتسليمك العبد اليه فان لم ترد الوصول الى حقك فسلم العبد المعين وليس المراد بقوله وخذ الالف بعد تسليم العبد اولا ولا دلالة على التعقيب في الواو بل هي للجمع مطلقا فلا ينافي ما تقرر في البيوع من ان اللازم في بيع سلعة بثمن تسليم الثمن اولا فخلاصة ما ذكر في الكتاب هاهنا ما قال في الوقاية وغيرها فان سلم المقر له لزمه الالف والا فلا والثاني اي الوجه الثاني ان يقول المقر له العبد عبدك اي العبد الذي عينته عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وسلمته اليك وفيه اي في هذا الوجه المال لازم على المقر لاقراره به اي بالمال عند سلامة العبد له وقد سلم اي قد سلم العبد له حين اعترف المقر له بانه ملكه ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف غصبته منك فقال لا بل استقرضته مني لان الاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال ولا تفاوت في هذا الوجه بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له كذا قالوا والثالث اي الوجه الثالث ان يقول اي المقر له العبد عبدي اي العبد الذي عينته عبدي ما بعتكه وحكمه اي حكم هذا الوجه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه اي فلا يلزمه المال دون العبد لانه اذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ولا تفاوت في هذا الوجه ايضا بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له لانه اذا كان في يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقر شيء من ثمن العبد كذا قالوا ولو قال مع ذلك اي ولو قال المقر له مع انكار العبد المقر له انما بعتك غيره اي غير ذلك العبد يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه اي وجوب تسليمه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه اي على المقر الالف اي لزوم الالف ببيع غيره اي غير من عينه والآخر ينكر فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف واذا تحالفا بطل المال اي بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده هذا اي ما ذكر من الوجوه اذا ذكر اي المقر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد يعني ان قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه ولم يعينه اي لم يعين المقر العبد المشتري لزمه الالف ولم يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل اي سواء وصل قوله ما قبضت العبد المشتري بكلامه السابق او فصل عنه لانه اي لان قوله ما قبضت رجوع عما اقر به فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على اي نظرا الى هذه الكلمة التي ذكرها اولا في قوله له علي الف درهم اذ هي للايجاب وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا اي بالكلية لان الجهالة اي جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه اي نسي المتعاقدان ذلك عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع خبر ان في قوله لان الجهالة يعني ان الجهالة توجب كون المبيع اي تجعل المبيع في حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول فيمتنع وجوب نقد الثمن لان نقد الثمن لا يجب الا باحضار المبيع وقد امتنع احضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن ايضا واذا كان كذلك كان رجوعا فان اول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا لان الرجوع عن الاقرار باطل مفصولا كان او موصولا اقول لقائل ان يقول اشكال التعليل المذكور هاهنا من قبل ابي حنيفة رحمه الله بمسئلة الاستثناء بمشية الله تعالى فانه لم يلزم المقر هناك شيء بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل هناك ايضا بان يقال ان اول الكلام اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وآخره ينافي الوجوب اصلا فيكون رجوعا فيلزم ان لا يصح ويمكن ان يجاب عنه بما اشار اليه المصنف فيما ياتي في مسئلة ما لو قال من ثمن خمر او خنزير بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال وسنذكر تتمة الكلام هناك ان شاء الله تعالى ثم ان بعض الفضلاء اورد على التعليل المزبور كلاما آخر واجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلامه فان قيل بتقدير ارتفاع الجهالة لا يلزم ان يكون بالاعتراف المشتري نعم او احضار البائع فليتامل فانه يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى اقول لا الايراد بشيء ولا الجواب اما الاول فلان المقر فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له باحضار ذلك اصلا بل لم يكن له احضاره لتعذر احضار المجهول فاني يتوقف لزوم صاحب المبيع هاهنا على احد الامرين

وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه باعتبار سبب وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب به لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن **قال** وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسألة اذا قال لفلان علي

بانه هذا وان احضر المقر له عبدا بعينه من غير تكليف واعترف انه باعه هذا العبد فقد صارت المسألة من قبيل ما اذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه بمعزل عنه اما الثاني فلانه كيف يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيلزمه الالف بلا عوض عند ابي حنيفة رح في هذه المسألة وان لم يحضر البائع شيئا فمن اين يقال ان اعطاء الالف بلا عوض على اعطائه بمقابلة ما احضره البائع فالظاهر هو الاعتراف عند احضاره بلا ريب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصله صدق ولم يلزمه شيء وبه قال مالك والشافعي واحمد رح وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد اي اذا كذب المقر له المقر في الجهة وهي ان يكون ذلك الالف من ثمن عبد وان اقر اي ان اقر المقر انه اي المقر له باعه اي باع المقر متاعا يعني ان لم يصدق المقر له المقر في الجهة بان قال انه باعه متاعا وهو العبد كما اقر المقر ولكن كذبه في انكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل ام فصل وانما عبر المصنف رح ههنا عن المبيع بالمتاع حيث قال وان اقر انه باعه متاعا وقد كان وضع مسألة الكتاب في العبد ليعلم ان الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم في العبد ووجه ذلك اي وجه ما قاله الامامان انه اي المقر اقر بوجوب المال عليه باعتبار سبب حيث قال له علي الف درهم وبين سببا وهو البيع حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه فان وافقه الطالب يعني المقر له في السبب هو البيع وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض اي ومجرد وجود السبب هو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري وانما يتأكد الثمن عن المشتري بالقبض والمقر له يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول له اي للمنكر قال صاحب العناية وفي عبارة المصنف نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قلت فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك قال ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتأكد لانه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه اقول النظر المزبور ساقط جدا فان قول المصنف فيكون القول له صالح لان يكون جوابا للشرط المذكور قطعا ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه اصلا اذ قد تقرر في علم النحو ان الجزاء اذا كان مضارعا مثبتا او منفيا بلا فيجوز الوجهان دخول الفاء عليه وعدم دخوله قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه وعدم الربط فيه ممنوع فان قوله وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره وقع قيدا للشرط المزبور فصار معنى الكلام فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري وانما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له ولا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قوله فيكون القول له مربوط بالشرط المزبور مقيدا بالقيد المذكور وان لم يكن مربوطا به جاريا عن ذلك القيد فلا حاجة الى تقدير جزاء محذوف كما تمحله ذلك الشارح وان كذبه اي وان كذب الطالب المقر في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه وهو قوله له علي الف درهم للوجوب مطلقا راجحا الى كلمة علي وآخره اي آخر كلامه يحتمل انتفاءه اي انتفاء الوجوب على اعتبار عدم القبض فصار مغيرا لمقتضى اول كلامه والمغير يصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء ولو قال ابتعت منه بيعا اي بيعا وفي بعض النسخ عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله اي قول المقر بالاجماع ذكر المصنف رح هذه المسألة تفريعا على مسألة القدوري وقال في تعليلها لانه ليس من ضرورة البيع القبض يعني ان المقر ههنا انما اقر بمجرد العقد والاقرار بالعقد لا يكون اقرارا بالقبض اذ ليس من ضرورة انعقاد البيع حتى يجب الثمن على المشتري بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض قال صاحب العناية هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فان هذا انما كان كذلك لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى اقول هذا النظر ايضا ساقط اذ الظاهر ان مراد المصنف رح ههنا هو الاقرار بوجوب الثمن في البيع الغير المعين مختص فيه المحتاج الى الفرق وقد تقرر ان انكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا فلا بد في نفاذ الاقرار بوجوب الثمن في البيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض قال اي القدوري في مختصره وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير قال المصنف رح ومعنى المسألة التي ذكرها القدوري اذا قال لفلان علي

الف درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق

الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره يعني قوله من ثمن خمر او خنزير عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه اي لان تفسيره رجوع عن اقراره لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم واول كلامه وهو قوله علي الف للوجوب والرجوع عن الاقرار باطل وقالا اي قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا وصل لا يلزمه شيء لانه اي المقر بين باخر كلامه انه ما اراد به اي باول كلامه الايجاب لانه يحتمل انه بنى اقراره على عادة الفسقة فان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا كذا في الشروح اقول هذا لا يتمشى فيما اذا قال من ثمن خنزير لانه لا يحتمل في هذه الصورة ان يبني اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة ان قال من ثمن خمر اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا اداء ثمنه اصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك واما عادة الكفار فلا تصلح لان تجعل مبنى لكلام المسلم كما لا يخفى والدليل الذي ذكره المص ههنا من قبلهما يسوق الصورتين معا فلا يتم التقريب وصار اي صار آخر كلامه فيما نحن فيه كما اذا قال في آخره ان شاء الله فانه لا يصدق هناك اذا وصل فكذا ههنا اجاب المص عن هذا القياس بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال يعني قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه فالتعليق بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا وما نحن فيه ابطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا اقول فيه كلام من وجهين احدهما ان المص قال في مسئلة الاستثناء بمشية الله ان الاستثناء بمشية الله اما ابطال او تعليق وقد بينا هناك ان المذكور في بعض الكتب المعتبرة ان الاول مذهب ابي يوسف رح والثاني مذهب محمد رح ومنهم من عكس الامر بالعكس فايا ما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذاك ايضا ابطالا وثانيهما ان المصنف قال هناك فان كان الاول يعني الابطال فقد بطل وان كان الثاني يعني التعليق فكذلك الا ان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق فحصل منه ان الاستثناء بمشية الله وان كان تعليقا في اصله الا انه ليس بتعليق في باب الاقرار بل هو ابطال على كل حال فكيف يتم قوله ههنا ذاك تعليق وهذا ابطال و يمكن ان يجاب عن الاول بان الجواب المذكور ههنا من قبل ابي حنيفة رح ليس الزاميا بالنسبة الى من قال من صاحبيه بكون الاستثناء بمشية الله تعليقا وتحقيقا بالنسبة الى من قال منهما بكون ذلك ابطالا ولا يجب ان يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما وعن الثاني بان الاستثناء بمشية الله وان لم يكن في باب الاقرار تعليقا حقيقة الا انه في صورة التعليق وهذا القدر يكفي في قدح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما اذا قال في آخره ان شاء الله فان هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى وانما هي ابطال محض واما تلك المسئلة فتعليق صورة وان كانت ابطالا معنى فافترقا ثم اعلم ان القدوري لم يذكر في مختصره خلافا في هذه المسئلة وانما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي واخذ المص منه ثم اعلم ان الخلاف المذكور فيما اذا كذبه الطالب واما اذا صدقه في ذلك فلا يلزمه شيء في قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن خمر او ميتة او دم صرح به شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح ولو قال له علي الف اي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال او نبهرجة وهي دون الزيوف فانها يردها التجار ايضا وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا اي قال ابو يوسف رح ومحمد رح ان قال موصولا اي ان ذكر قوله هي زيوف او نبهرجة موصولا بكلامه السابق صدق وان قال مفصولا اي ان ذكر ذلك مفصولا عنه لا يصدق هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير اقول تحرير المص على النمط المذكور لا يخلو عن نوع قصور فان قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ان لزمه الجياد سواء وصل قوله هي زيوف او نبهرجة ام فصل كما صرحوا به ولفظ المص لا ينبئ عن ذلك الا ان كلمة ثم في قوله ثم قال هي زيوف او نبهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول ابي حنيفة رح بصورة الفصل مع ان الخلاف فيها بينه وبين صاحبيه فالظاهر ان يذكر الواو بدل ثم كما في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الاقرار بالزيوف واذا اقر الرجل بالف درهم دين من قرض او ثمن مبيع وادعى انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في قول ابي حنيفة رح وصل ام فصل وقال ابو يوسف رح ومحمد رح ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وكذا ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي

وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف
من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة
بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان
مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال
بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان
رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار

في شرح الكافي وعلى هذا النص محمد رح في الاصل قال المصنف رح وعلى هذا الخلاف واذا قال هي اي الالف ستوقة وهي اردأ من البهرجة او رصاص اي او قال هي رصاص
فلا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل ويصدق عندهما ان وصل لكن في اطلاق احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية اخرى عنه لا يصدق ههنا وان وصل
كما قاله ابو حنيفة رح كذا في شرح الجامع الصغير للامام قاضيخان والامام التمرتاشي وعلى هذا اي على هذا الخلاف اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا الخلاف
اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف بالجر وتجري الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في معراج الدراية اقول فلا يذهب عليه حسن التفصيل
بالجمع فقال من ثمن متاع تمامه كلام المقر لهما اي لابي يوسف رح ومحمد رح في هذه الصورة المختلف فيها انه اي ما قاله المقر اخيرا بيان مغير لما قاله اولا فيصح موصولا اي
الوصل كالشرط والاستثناء فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير وهذا اي كون آخر كلامه بيانا مغيرا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف
بحقيقته فان الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم مع التيسير اشد الاداء والستوقة بمجازه اي يحتمل الستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم
فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه الا ان مطلقه اي مطلق اسم الدراهم ينصرف الى الجياد لان بياعات الناس تكون بالجياد عادة فكان آخر الكلام وهو ذكر
الزيوف او الستوقة في آخر الكلام بيانا مغيرا لما اقتضاه اول الكلام من هذا الوجه اي من الوجه المذكور فانه كان بيانا من جهة الاحتمال مغيرا من جهة مقتضى
العادة فيصح موصولا وصار اي صار حكم هذا كما اذا قال الا انها وزن خمسة او ستة وتقدير الدراهم وزن سبعة فصدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا
اقول لو تعرض المصنف رح في اثناء التعليل لذكر البهرجة ايضا لكان اوجه لانها مذكورة ايضا في اصل المسئلة فان تحت البهرجة كالزيوف في كونها من جنس الدراهم
كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز ان يكتفي في التعليل بذكر حال الزيوف قلت رداءة البهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هناك ايضا ولذلك
الاكتفاء بذكر حال الادنى ليعلم به حال الفوق بالاولوية ثم اقول ان قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر في معتبرات كتب
اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فان المذكور فيها درهم ستوق وستوق اي زائف بهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة في المفسر مجازا في المفسر ولابي حنيفة
رحمه الله ان هذا اي ما قاله الآخر رجوع عما اقر به اولا ودعوى امر عارض فلا يقبل وان وصل وذلك لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب لان موجبه سلامة
البدل المستحق به عن العيب والزيافة عيب في الدراهم ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه اي عن بعض موجب العقد فاذا ادعى انها زيوف فقد اراد ابطال
ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل وصار حكم هذا كما اذا قال البائع بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول هناك للمشتري لما بينا ان مطلق العقد
يقتضي السلامة عن العيب فكذا ههنا فالحاصل انهما رجعا الى ان الدراهم الزيوف بل هي داخلة في مطلق اسم الدراهم وابو حنيفة رح رجح جانب العيب فيها
فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا عما اقر به او لا مطلق الدراهم وهما ادخلاها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان
دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء كذا في الاسرار وغيره والستوقة ليست من الاثمان اي ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم تكن الستوقة محتملة لكلامه
فكان اي كان دعوى الآخر رجوعا عما اقر به اولا فكان دعوى الستوقة تبديلا او دعاء رجوعا عن ذلك فلا يصح مفصولا ولا موصولا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء هذا جواب
عما استشهدا به تقريره ان ذلك ليس مما نحن فيه لا يصح ان يكون استثناء لانه مقدار واستثناء بعض المقدار صحيح لان اول الكلام يتناول القدر فكان استثناء الملفوظ
وهو صحيح بلا ريب بخلاف الجودة اي بخلاف ما اذا قال الا انها زيوف فان في قوله الا انها زيوف استثناء للدراهم الجيدة من الوجوب في الذمة والجودة وصف فلا يصح
استثناؤها لان استثناء الوصف لا يجوز لعدم تناول صدر الكلام اياه وقصدا بل تبعا كاستثناء البناء في الدار على ما مر بيانه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل
الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صح ابو يوسف رح ومحمد رح استثناء الزيافة من الدراهم قلنا صححا ذلك من حيث المعنى والزيافة من حيث المعنى بيان لا وصف

بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب ومطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة انه لا يصدق في رواية الاصول

لنا ان على الف من ثمن متاع الا انها زيوف صار بمنزلة قوله الا انها نقد بلد كذا او نقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا في معناه
فينبغي ان يصح هنا ايضا ونظير ذلك في غير الدراهم ما هو بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية الى هنا اشار في الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية
ومعراج الدراية وههنا بحث اذ ينبغي ان ينفصل هذا البيان آه اقول ليس بحثه بشئ لان هذا البيان وان كان عندهما بيان نوع للدراهم الا انه بيان تغيير
بناء على ان مطلق العقد يقتضي السلامة والجودة عرفا فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغييرا لمقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر وبيان التغيير
لا يصح الا موصولا وانما وقع ذلك الفاضل في الغلط من قول صاحبي النهاية ومعراج الدراية نظير ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية
فان قوله في الحنطة الا انها ردية يقبل وان فصل كما صرح به الا ان مرادهما ان ذلك بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية في مجرد كونه نوعا لا وصفا لا في الاتحاد في جهة البيان
كيف وقد صرحا بان هذا بيان تغيير وذاك بيان تفسير قال المصنف رح بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع اي متنوعة لا عيب لان العيب
ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة والحنطة قد يكون ردية في اصل الخلقة فكانت الردية نوعا منها ولهذا قالوا لو اشترى حنطة مشار اليها فوجدها ردية لم يكن له خيار الرد بالعيب ومقتضى
العقد لا يقتضي السلامة عنها اي عن الرداءة اذ ليس بمطلق العقد يقتضي في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط او ردية فليس في
بيانه تغيير موجب اول كلامه فيصح موصولا ومفصولا كذا في المبسوط وغيره وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من
ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر انهما
ضدان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب في الدراهم عيب انتهى اقول فيه نظر لان مفاد الجواب الثاني ان الرداءة في عدم الدراهم عيب وفي
الحنطة ليست بعيب لا ينافي الدراهم وصف وفي الحنطة ليست بوصف فلا يندفع به السؤال الاول مما يقع القول اي ان استثناء الوصف لا يجوز بل استثناء وصف الرداءة ذي جهة على انه لا يندفع به السؤال
الثاني ايضا لان حاصله طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم واقول الباعث على توجيه
المقام بالوجه المزبور بزعمه حسب ان قول المصنف بخلاف ما اذا قال على كر حنطة الخ متعلق بما ذكره في قبيله وهو قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في
الدار فوقع فيما وقع ولكن لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان قوله المذكور متعلق بما ذكر في اوائل دليل ابي حنيفة وهو قوله لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب
والزيافة عيب يرشد اليه قطعا قوله ههنا ومطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بعد قوله لان الرداءة نوع لا عيب ثم اقول اما السؤال الذي ذكره الشارح المذكور
بقوله فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية فجوابه ان يقال ليس هناك استثناء حقيقة وانما قوله الا انها ردية بيان وتفسير
للحنطة في قوله على كر حنطة في صورة الاستثناء يرشد اليه ان صاحب الكافي قال في تقرير هذه المسألة بخلاف ما لو قال له على كر من ثمن بيع او قرض ثم قال
هو ردي فالقول قوله في ذلك وصل ام فصل لان الرداءة ليست بعيب الى آخر ما انتهى حيث بدل قوله الا انها ردية بقوله هو ردي تنبيها على ان ليس مطمح النظر في هذه المسألة
صيغة الاستثناء بل ان الرداءة في مثل البر ليست بعيب فظهر ان جعل قول المصنف رح لان الرداءة نوع لا عيب جوابا عن السؤال المزبور غير صحيح على ان للسؤال
المزبور جوابا آخر اظهر مما ذكرته وهو ان قوله الا انها ردية ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الردية فالمراد من الاستثناء نوع من الحنطة وهو
صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب لمة لانه ينتقض على اصل ابي حنيفة رح بما اذا قال الا انها زيوف فانها لا تقبل عنده مع جريان ان يقال انه ليس لاستثناء الوصف
وهو الزيافة بل لاستثناء العين وهو الدراهم الزيوف ونحن الآن بصدد تتميم قول ابي حنيفة رح فلا مجال للتشبث بذلك الجواب ههنا فتدبر وعن ابي حنيفة رح في غير
رواية الاصول المراد بالاصول الجامع الصغير والكبير والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الروايات وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير

انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل

ظاهر الرواية انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني في القرض كذا وقع في النهاية وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بان يقال وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني اذا قال لفلان علي الف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الاصول اذا وصل قوله هي زيوف بقوله درهم قرض اما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات لان القرض يوجب رد مثل المقبوض يعني ان المستقرض انما يصير مضمونا عليه بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون المقبوض في القرض زيفا كما في الغصب فالواجب حينئذ الزيف لان القرض يقتضي بالمثل كالغصب فيصدق فيه كما يصدق في الغصب اقول للقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان يصدق في الزيوف في القرض وصل ام فصل كما في الغصب على ما سيأتي مع انه لا يصدق في صورة القرض اذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به ووجه الظاهر اي وجه ظاهر الرواية ان التعامل بالجياد يعني ان المتعارف في التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف الى المتعارف فانصرف مطلقه اي مطلق القرض اليها اي الى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا يقبل دعوى الزيافة لانها رجوع عما اقر به ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض اي لو ارسل ولم يبين الجهة وادعى انها زيوف قيل انها يصدق بالاجماع يعني اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها اي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقيل لا يصدق قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير اي لا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل واما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل فجعله في المعنى وقيل هو على الخلاف السابق ايضا كما صرحوا به لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى العقود اي الى الالزام بسبب العقود لتعينها مشروعة اي لكونها هي المشروعة لا الى الاستهلاك المحرم اي لا ينصرف الى الالزام بسبب الاستهلاك المحرم اذ لا يجوز حمل امر المسلم على الحرام ما امكن فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء قال في الفتاوى الصغرى واذا قال ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول ثم من المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودة على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني اي او قال اودعني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل هذا من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلهما لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له اي للحمل في الجياد ولا تعامل بخلاف البيع فان عقد المعاوضة يقتضيها ولا التعامل اي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار بغصب الالف او ايداعها تغييرا لاول كلامه فيكون بيان النوع فيصح وان فصل قال صاحب العناية وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة رح ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيافة رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لانه انما يلزم من كون الزيافة عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا او بيانا مغيرا لو تناول اول كلام المقر المعيوب وغير المعيوب على السواء بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد وذا انما يتم تحقق المقتضي كما في البيع والتعامل كما في القرض فاذ قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا التعامل بها في الغصب والايداع تعين تناول اول كلام المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما اقر به اصلا ولا بيانا مغيرا بل كان بيان النوع قطعا وقال صاحب العناية ويمكن ان يجاب بما قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون نوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون حينئذ فيجوز ان يكون نوعا وعيبا في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة منها للتباين لكنهما تنافيا في التضاد وكانت عيبا لان نقيض السلامة عيب واذا لم تقتضها كانت نوعين لمطلق الدراهم لا فما لها بها احتمال الجنس للانواع انتهى كلامه اقول هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا وجه لان الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة اذ هي امر عارض للدراهم

ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصدق فيه بيانا موصولا اعتبارا بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وإن قال في هذا كله ألفا ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بيناه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه

الدراهم في أصل خلقتها وإنما التي قد يكون الموصوف بها مستصفاها من حيث الخلقة هي الرداءة في الخلقة كما مر فهي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى لملاحظة ذلك ههنا وأما ثانيا فلأن ما ذكر في الفصل الثاني من أن الجهة الموجبة للدراهم إن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا وإلا كانت نوعا ليس بمعقول المعنى لأن كون الزيافة في الدراهم عيبا أمر مقرر عيبا لا يتبع لاقتضاء الجهة الموجبة لها السلامة وإنما تأثير اقتضائها السلامة عند أبي حنيفة رح في إخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكور في تلك الجهة لا في جعلها معيوبة وكذلك كون الزيافة نوعا أي صنعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة بل الزيافة كالجودة متنوعة على كل حال فإن الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم في كل سواء اقتضت الجهة السلامة أم لا وأما ثالثا فلأنه إن أراد بقوله إذ المقتضية كانتا نوعين لمطلق الدراهم أنهما حينئذ كانا نوعين متساويين من الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا فممنوع بل الزيافة عيب على كل حال وكونهما نوعا لا ينافي كونها عيبا فإن كون بعض الأنواع معيوبا بالنسبة إلى البعض الآخر ليس بعزيز وإنما الا يكون عيبا بحسب الخلقة في أصل خلقة الدراهم ليست كذلك وإن أراد بذلك أنهما حينئذ كانا نوعين من مطلق الدراهم وإن كانت الزيافة عيبا أيضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره أصلا كما لا يخفى على الفطن قال (ولهذا) أي ولأجل أن لا تقتضي الجياد ولا القبض (لو جاء راد المغصوب) وهو الغاصب (والوديعة) أي وراد الوديعة وهو المودع (بالمعيب) متعلق بجاء أي لو جاء بهما بالمعيب (كان القول له) أي للراد وإن الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضمينا كان أو أمينا (وعن أبي يوسف رح أنه لا يصدق فيه) أي في الغصب لا في الوديعة كما مر (بيانا موصولا) أي إذا ادعى الزيافة مفصولا (اعتبارا بالقرض) أي قياسا عليه (إذ القبض فيهما) أي في الغصب والقرض (هو الموجب للضمان) يعني أن الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض وجوابه أنهم ما قادحت (ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق) هذه المسألة ما ذكر في شرح الجامع الصغير تفريعا على المسألة المارة قال الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وإن قال هي ستوقة أو رصاص صدق إن وصل ولم يصدق إذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لأنها ليست من جنس الدراهم حقيقة وإن كانت من جنسها صورة فيصار إلى إرادتها باسم الدراهم كإرادة المجاز باسم الحقيقة وإذا بين أنه أراد باللفظ المجاز موصولا قبل وإن فصل لا انتهى وعلل المصنف رح هذه المسألة بما علل به الإمام الإسبيجابي فقال (لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم) أي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم (لكن الاسم) أي اسم الدراهم (يتناولها) أي يتناول الستوقة (مجازا) للمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة (فكان بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول كلامه لأن أول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة وآخر كلامه بين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة (فلا بد من الوصل) لأن بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بخلاف ما سبق لأن الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لأول كلامه فصح موصولا ومفصولا (وإن قال في هذا كله) أي فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والإيداع (ألفا ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح في تعليلها (لأن هذا استثناء المقدار) أي استثناء البعض مما أقر به من المقدار (والاستثناء يصح موصولا) لا مفصولا لأنه تغيير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (بخلاف الزيافة لأنها وصف) أي لأن الزيافة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف (واللفظ يتناول المقدار دون الوصف) (وهو) أي الاستثناء (تصرف لفظي كما بيناه) فيصح في متناول اللفظ دون غيره (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام) أي ضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس أو أخذ السعال أو ما أشبه ذلك (فهو واصل) أي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه (لعدم إمكان الاحتراز عنه) لأن الإنسان قد يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولو فصل بينهما الفصل بطريق الضرورة بأن انقطع عنه الكلام ثم وصل فعن أبي يوسف رح أنه يصح استثناؤه وعليه الفتوى لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر أن يتكلم بنفس واحد فيجعل ذلك عفوا انتهى كلامه وقال الكاكي في معراج الدراية وقال الأئمة الثلاثة يعني

ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضي ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان باذن

مالكا والشافعي واحمد رحمهم الله تعالى (ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليله (لان الغصب لا يختص بالسليم) فان الانسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والردي فكان القول قوله فيما نسب سواء وصل ام فصل (ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال) اي المقر له (لا بل اخذتها غصبا فهو) اي المقر (ضامن) يعني كان القول في هذه المسألة قول المقر له مع يمينه فالمقر ضامن الا ان ينكل المقر له اليمين (وان قال اعطيتنيها وديعة فقال) اي المقر له (غصبتنيها لم يضمن) اي لم يضمن المقر في هذه المسألة بل كان القول قوله مع يمينه وهاتان المسألتان من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح (والفرق) بينهما (ان في الفصل الاول) وهو قوله اخذت منك الف درهم وديعة (اقر بسبب الضمان وهو الاخذ) لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد وهذا يتناول رد العين حال قيامها ورد المثل حال هلاكها لكون المثل قائما مقامه (ثم ادعى) اي ثم ادعى المقر (ما يبرئه) عن الضمان (وهو الاذن) بالاخذ (والآخر) وهو المقر له (ينكره) اي ينكر الاذن (فيكون القول له مع اليمين) هذا حاصل ما ذكروه اقول فيه بحث لانهم ان ارادوا ان الاخذ مطلقا سبب الضمان فهو ممنوع بل الاخذ اذا كان باذن المالك كاخذ الوديعة باذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان كما استدلوا به في كتاب الوديعة على ان الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمن فيكون ما اخذته اليد بهذا الطريق مخصوصا من قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وان ارادوا ان الاخذ بغير اذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ولكن لا نسلم ان في الفصل الاول اقر بالاخذ بغير الاذن بل اقر بالاخذ المقيد بكونه وديعة وهو الاخذ بالاذن فتامل في الجواب قال في الكفاية فان قيل ينبغي ان يصدق المقر ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان علي الف وديعة قلنا صدر الكلام ههنا موجب للغصب فلا يحتمل الوديعة فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيانا لما احتمله صدر الكلام واما قوله لفلان علي الف يحتمل الوديعة بمعنى علي حفظه فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا انتهى اقول في الجواب بحث اذ لا نسلم ان صدر الكلام ههنا موجب للغصب كيف وسيجيء في كتاب الغصب ان الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ولا ريب ان صدر الكلام ههنا وهو قوله اخذت منك الف درهم اعم من كل واحد من معنى الغصب ومن المقرر ان العام لا يدل على الخاص باحد الدلالات الثلاث فانى يكون موجبا للغصب وكان صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في الكفاية من السؤال والجواب كذا وفيه نوع تامل (وفي الثاني) اي وفي الفصل الثاني وهو قوله اعطيتنيها وديعة (اضاف الفعل الى غيره) وهو المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان (وذاك) اي ذاك الغير (يدعي عليه) اي على المقر (سبب الضمان وهو الغصب) والمقر ينكره (فكان القول لمنكره مع اليمين) قال المصنف رح (والقبض في هذا) اي في الحكم المذكور (كالاخذ) يعني لو قال المقر قبضت منك الف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامنا كما لو قال اخذت منك الف درهم وديعة (والدفع كالاعطاء) يعني لو قال المقر دفعت الي الف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كما لو قال اعطيتنيها (فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه) اي الى المقر (لا يكون الا بقبضه) فكان الاقرار بالاعطاء والدفع اقرارا بالقبض واذا اقر بالقبض يضمن فينبغي ان يضمن اذا اقر بالاعطاء والدفع ايضا (فنقول) في الجواب لا نسلم ان الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه بل (قد يكون) كل واحد من الاعطاء والدفع (بالتخلية والوضع بين يديه) دون قبضه فلم يقتض الاقرار بهما الاقرار بالقبض (ولو اقتضى ذلك) اي ولئن سلمنا انه اقتضى ذلك (فالمقتضي ثابت ضرورة) والثابت بالضرورة يثبت بقدر ما يندفع به الضرورة (فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان) لعدم الحاجة اليه قال المصنف رح (وهذا) اي الذي قلنا من ضمان المقر بالاخذ وديعة اذا قال المقر له اخذتها غصبا (بخلاف ما اذا قال) اي المقر (اخذتها منك وديعة وقال) اي الآخر (لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ) لانهما توافقا هناك اي فيما اذا قال المقر اخذتها قرضا على ان الاخذ كان بالاذن لان الاخذ بالقرض

إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فالقول لمنكره، فإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها فقال فلان هي لي فإنه يأخذها لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر، ولو قال آجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردها أو قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله، وهذا عند أبي حنيفة رح، وقال أبو يوسف ومحمد رح القول قول الذي أخذ منه الدابة أو الثوب وهو القياس، وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان، ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح، وجه القياس ما بيناه في الوديعة، وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدماً فيما وراء الضرورة فلا يكون إقراراً له باليد مطلقاً بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به اعترافاً باليد للمودع، ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر

لا يكون إلا بالإذن كالأخذ بالوديعة إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر ذلك فكان القول للمنكر فافترقا أي فافترقا ما إذا قال المقر أخذتها غصباً وما إذا قال أخذتها قرضاً أقول ههنا نظر لأن الذي يدعيه المقر إنما هو براءته عن الضمان كما صرح به في المسألة الأولى وليس ذلك هو الإذن المطلق فإن كثيراً ما يحصل بالإذن كالبيع والقرض ونظائرهما أسباب موجبة للضمان فلا يتصور أن يكون براءته عن الضمان بل إنما ذلك هو الإذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة ولا شك أن المقر له لا يوافقه على الأخذ بهذا الإذن المخصوص بل إنما يدعي عليه سبب الضمان وهو القرض وإنما اتفقا على مطلق الإذن فلا يجدي نفعاً في الفرق لأن ادعاء المقر براءته عن الضمان وهو الإذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة وإن كان المقر له إياه بقوله لا بل أقرضتنيها فيما إذا قال المقر بل أخذتها قرضاً فيما أتيته الأمر أن المقر له أيضاً يدعي سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره وإذا تعارض دعواهما وإنكارهما بقي إقرار المقر بالأخذ وهو سبب الضمان الأخذ بالمال عن المالك كما فيما إذا قال المقر بل أخذتها غصباً فلم يفترقا فيما يوجب اختلاف الحكم تأمل جداً. وإن قال هذه الألف كانت لي وديعة عند فلان فأخذتها فقال فلان هي لي فإنه يأخذها هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح في تعليله لأنه أي لأن المقر أقر باليد له أي لفلان، وفي الكافي وأقر بالأخذ منه والسبيل في الأخذ الرد على المأخوذ منه وادعى استحقاقها عليه أي ادعى استحقاق الألف على فلان بقوله كانت لي وديعة عند فلان وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه وإن قال آجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردها علي أو قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ورده علي فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لي فالقول له أي للمقر وهذا أي كون القول قول المقر عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب وقول أبي حنيفة رح ههنا استحسان وقولهما قياس كذا قالوا في شروح الجامع الصغير وإليه أشار المصنف رح بقوله وهو القياس أي قول أبي يوسف رح ومحمد رح هو القياس فيفهم منه أن قول أبي حنيفة رح هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد وجه الاستحسان ثم إن هذا إذا لم يكن الدابة أو الثوب معروفاً للمقر أما إذا كان معروفاً له كان القول للمقر في قولهم جميعاً لأن الملك إذا كان معروفاً للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبباً للاستحقاق عليه كذا في المبسوط والإيضاح وذكر في الشروح وعلى هذا الخلاف أي على الخلاف المذكور آنفاً الإعارة والإسكان بأن قال أعرت دابتي هذه فلاناً فركبها ثم ردها علي أو أعرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ثم رده علي أو قال أسكنت داري هذه فلاناً ثم أخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لي. ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته فقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح احترز به عن قول بعضهم إن القول في هذا قول المقر بالإجماع فيكون ذلك دليلاً لأبي حنيفة رح ولكن ذلك ليس بثابت في الأصول بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف أيضاً قال المصنف رح وجه القياس ما بيناه في الوديعة أراد به قوله لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر، وجه الاستحسان وهو الفرق بين مسألة الوديعة وبين هذه المسائل أن اليد في الإعارة والإجارة ضرورية يعني أن اليد فيهما ليست بمقصودة بل هي ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدماً أي فيكون اليد معدومة فيما وراء الضرورة فلا تظهر في حق الاستحقاق على المقر لأن ما يثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يكون أي فلا يكون الإقرار بالإجارة والإعارة إقراراً له أي للمقر له باليد مطلقاً أي من كل وجه بل يكون إقراراً له باليد لأجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقراً بالملك لغيره ثم وجه التفصي بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة فإن المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد والإيداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به أي بالإيداع اعترافاً باليد للمودع أقول لقائل أن يقول إن أريد أن الإقرار بالإيداع يكون اعترافاً باليد للمودع مطلقاً أي من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث قال فكان الإقرار بالوديعة إقراراً باليد للمقر له مطلقاً فهو ممنوع إذ الإيداع إثبات يد المحافظة دون إثبات يد الملك فكيف يكون الإقرار بالإيداع إقراراً باليد مطلقة للمودع وإن أريد أن الإقرار به يكون اعترافاً بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يتم به التقريب كما لا يخفى، ووجه آخر للاستحسان وهو الفرق وهو أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر

بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا وقد بحثنا اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون

بيد ثابتة من جهته اي من جهة المقر فيكون القول قوله في كيفيته اي في كيفية ثبوت اليد اي باي طريق كان كما لو كان في يده حبة فقال ها اصابني بعينه من فلان و لم اسلم اليه بعد فقال المقر له لابل كان عبدي لم اشتره منك كان القول قول المقر لانه المنكر للمعنى كذا في النهاية ومعراج الدراية وكذا لو قال ملكت عبدي ذلك بالف درهم الا اني لم اقبض الثمن فلي حق الحبس كان القول قوله وان زعم الآخر خلافه كذا في العناية وشرح تاج الشريعة اخذا من الاسرار وانا كذلك في مسئلة الزرع لا تنافي لان المقر قال فيها كانت وديعة وقد تكون الوديعة من غير صنعه كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت الريح فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفعه اليه صاحبه كذا في عامة الشروح اقول ههنا كلام اما اولا فلان ظاهر قول المص وقد يكون من غير صنعه ينافي ما ذكره في الوجه الاول من ان الايداع اثبات اليد قصدا الى اثبات اليد قصدا يقتضي الصنع فان قلت مراده انها قد تكون من غير صنع المقر اي من غير صنع المودع وكون الايداع اثبات اليد قصدا انما يقتضي صنع المودع فلا منافاة قلت فحينئذ يلزم ان لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح وذكر الثاني صاحب الكافي ايضا اذ لا صنع لاحد فيهما في ثبوت يد الملتقط في اللقطة وفي ثبوت يد صاحب الدار في الثوب الذي القته الريح في داره واما ثانيا فلان تمثيل جمهور الشراح الوديعة ههنا بالمثالين المزبورين ينافي ما صرحوا به في اول كتاب الوديعة من ان الوديعة هي التسليط على الحفظ وذلك انما يكون بالعقد والقصد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد وقصد كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فالقته في بيت غيره ووجه المنافاة ظاهر قوله حتى لو قال اي المقر اودعتها كان جواب هذه المسئلة ايضا على هذا الخلاف المذكور في مسائل الاجارة والاعارة والاسكان اقول بقي ههنا شيء وهو ان الفرق المذكور انما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الالف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظ لي واما على ما ذكر في الكتاب من قوله فان قال هذه الالف كانت لي وديعة عند فلان فيشكل ذلك اذ الظاهر ان اضافته الى نفسه ثبوت يده من جهته فيؤول معنى قوله المذكور الى معنى قوله اودعتها عند فلان وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه اي عدم ذكر الاخذ في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها اي الاعارة والاسكان قال في غاية البيان انما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة على تاويل العقد قلت وانما قال واختاها ولم يقل واخواتها لان احدهما وهو الاسكان كان مذكرا وفي مثل ذلك يغلب المذكر على المونث ولا يعكس اما على تاويلهما بالصورتين او بالمسئلتين ومراد المص ههنا الرد على الامام القمي فيما ذكره من الفرق فانه قال انما وجب الرد في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد قال في الاجارة واختيها فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا والى اشار بقوله لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا بل الفرق ما ذكره الامام قاضي خان في شرح الجامع الصغير نقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وهو ان في الاجارة والاعارة لو اخذنا الموجر والمعير باقرارهما امتنع الناس عن الاجارة والاعارة فلا يؤاخذ باقرارهما استحسانا كيلا تنقطع الاجارة والاعارة واما في الوديعة فمنفعة الايداع تعود الى المالك فلو اخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع انتهى اقول يرد عليه ان يقال تعود المنفعة في الاجارة ايضا الى المالك وهو الموجر لانها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها منفعة الاجرة الى الموجر قطعا كما تعود في الايداع منفعة الحفظ الى المودع فلم يتم تقريب الفرق المذكور بالنظر الى مسئلة الاجارة وان تم بالنظر الى مسئلة الاعارة اللهم الا ان يقال منفعة الاجرة وان عادت في الاجارة الى الموجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود الى المستاجر ولا يقدر الموجر على الانتفاع بها مدة الاجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الايداع فانه نفع محض للمودع فافترقا في الجملة فتدبر

اي الذي ذكرنا في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت اي قبضت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله اي قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وذلك اي قضاء الديون بامثالها انما يكون بقبض مضمون اي بقبض مال مضمون

فان اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكر فالقول قوله
ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان
استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول قول المقر لانه ما اقر له باليد وانما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يده فصار كما اذا قال
خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول قول المقر لانه اقر بعمل منه وقد يخيط ثوبا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف
الاسباب مقدم وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

بعينه دينا على الدائن ثم بعينه قصاصا بدينه على المديون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره
صورة الاجارة واختيها المقبوض بعين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا قال صاحب الغاية في تقرير هذا المقام لان المديون تقضى بامثالها اذ لكن
فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض المضمون والاقرار بقبض مال المضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملكه
بسبب ما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا قال وهكذا
تطبيق ما ذكرناه في المتن ليظهر التقديم والتاخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبير ان شاء الله تعالى اقول لا يظهر لذي فطرة سليمة تطبيق ما ذكره
بما في المتن ويتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتاخير في كلام المصنف رح بل يظهر له نوع اختلال في كلام الشارح اما الاول فلان قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد
اقر بقبض مثل الدين ليس بعين قول المصنف فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان الاختلاف بينهما فلا يقتضي تقديم ذاك تقديم هذا كيف ولو قدم هذا ووضع
موضع ذاك تعليل لان الديون تقضى بامثالها اذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء في فاذا اقر مثل ما ترى في تقديم ذاك كما يشهد
بذلك كله الذوق الصحيح واما الثاني فلانه جعل قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين بقوله لان القضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار
بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ولا يخفى ان مفاد هذا التعليل ان الاقرار بالاقتضاء اقرار بسبب الضمان لان الاقرار باقتضاء الدين اقرار بقبض
مثل الدين كما هو المعنى ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض يعني هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر اي والحال ان ذلك كله في يد المقر
فادعاها اي فادعى الاشياء المذكورة فلان لنفسه وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك على الزراعة والبناء والغرس ففعلت او فعلته باجر فالقول
للمقر وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال في تعليلها لانه اي لان المقر ما اقر له اي للانسان باليد وانما اقر بمجرد فعل منه اي من فلان وقد يكون
ذلك اي الفعل في ملك في يد المقر يعني ان الاقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لان العمل قد يكون من المعين والاجير والعين في يد صاحبها وصار
كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه اي من الخياط
وقد يخيط ثوبا وهو في يد المقر اي كذا الحكم في المسائل المذكورة قال في النهاية فحصل من هذا كله ان جنس هذه المسائل على ثلثة انواع ففي نوع منها كان القول
قول المقر بالاجماع وهو مسئلة الوديعة والاقراض والاقتضاء وفي نوع منها كان القول قول المقر له بالاجماع وهو مسئلة بيع العبد ومسئلة زرع هذه الارض
او بناء هذه الدار ومسئلة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه وفي نوع منها اختلفوا فيه فعند ابي حنيفة رحمه يجب القول قول المقر كما في النوع الثاني وعندهما
القول قول المقر كما في النوع الاول وهو مسئلة الاجارة والاعارة والاسكان وخياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى

باب اقرار المريض لما فرغ من بيان احكام اقرار الصحيح شرع في بيان اقرار المريض لان المرض بعد الصحة وافرده بباب على حدة لاختصاصه باحكام ليست
للصحيح واذا اقر الرجل في مرض موته بديون اي بديون غير معلومة الاسباب وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه اي في مرض موته باسباب معلومة
متعلق بلزمته اي لزمته باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه ومهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم على
ما اقر في مرضه الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف وقال الشافعي رح دين المرض سواء كان بسبب معلوم او باقراره ودين الصحة يستويان لاستواء
سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين وانما تعرض لوصفي العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في الذمة
في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض تزداد جهة رجحان الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والانابة عما جرى فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة

(ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث)

اكثر فكان جهة قبول الاقرار فيها اوفر كذا في الشروح واعترض بعض العلماء على تقرير دليل الشافعي رح بالوجه الذي ذكره المصنف رح حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى ان يقال عند الشافعي رح الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب بان هذا الدليل اذا افاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد افاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة ايضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين ويطلق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقرر في علم الاصول ثم ان بعض الفضلاء بحث فيه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار والمعاينة والدليل خاص ثم قال ويجوز ان يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى انتهى اقول لا مساغ له ههنا لانه ان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواته لاعلى ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة باسباب معلومة فليس بصحيح اذ لا يلزم من وصول الشيء الى رتبة الادنى وصوله الى رتبة الاعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثاني وان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة ادنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة اعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض باسباب معلومة للدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الادنى الى رتبة شيء وصول الاعلى الى رتبة ذلك الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئا ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين المرض للدين الثابت في الصحة باسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على ان مساواة الدين اللازم في المرض باسباب معلومة للدين الثابت في الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه اصلا (ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فتحقق دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء (وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة) اي صار الاقرار في المرض كانشاء التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض فان ذلك مساو للتصرف في حالة الصحة فكذا ههنا (ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير) اي اذا تضمن ابطال حق الغير كما لو رهن او آجر شيئا ثم اقر انه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به (وفي اقرار المريض ذلك) اي ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض (استيفاء) اي من حيث الاستيفاء (ولهذا منع) اي المريض (من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث) قال صاحب العناية اي فيما اذا لم يكن عليه دين اما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه اصلا في الثلث وما دونه انتهى واقتفى اثره صاحب الغاية في حل هذا المحل بهذا المعنى لكن غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى اقول فيه شيء فان الظاهر من قولهما اذا لم يكن عليه دين في الم يكن عليه شيء من الديون اصلا فيقتضي ان يكون ما ذكره في بيان المعنى ههنا بعيدا عن كلام المصنف رح اذ تعلق حق غرماء الصحة بمال المريض يمنع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين اصلا لا يخفى انه لا معنى له فالاولى في تفسير هذا المحل ان يقال ما ذكره المصنف رح فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله واما اذا احاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا اي بالثلث وما دونه نعم منع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين اصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لاجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف رح ولهذا منع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان جمهور الشراح قالوا في قول المصنف رح ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعي رح من استواء حال الصحة وحال المرض فانه لو كانا متساويين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة اقول يرد عليه ان يقال لم لا يجوز ان يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء الا يرى انه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين اصلا فلا يتم به جواب ما ادعاه الشافعي رح ان ما ادعاه استواء

بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة
وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة
واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا

حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة المرض الى حق الورثة قيم اقول كان الحق على الصحيح ان يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله اذ بهم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي رح قطعا ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكان الامام الزيلعي تنبه لقصور ما ذكره المصنف ههنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز يدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف تفريط لان منعه من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا احاطت الديون بماله واما اذا لم تحط به فمقدر بالثلث والظاهر من كلام الاطلاق فكان فيما قاله افراط فالحق الذي لا محيد عنه في تنقيح الكلام ههنا لافادة تمام المقصود ما نبهنا عليه انفا فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع انه يبطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا وهو الموت الا يرى ان شاهدي النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت لم يضمنا شيئا واما الدين فلا يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح يعني لا يلزمنا ذلك لانه من الحوائج الاصلية فان بقاء النفس بالتناسل والطريق للتناسل الا بالنكاح والمريض ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية وهو اي النكاح بمهر المثل هذه جملة حالية يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا في النهاية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا اقول كون النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا ممنوع فان الحوائج الاصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح بالاكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لامكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب ان له نساء وجواري او هو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهي تشارك غرماء الصحة مع ان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس لبقاء النسل ولا لاحتياج قضاء الشهوة قلنا النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها فيبتنى الامر عليها كذا في الاسرار وذكر في الشروح وبخلاف المبايعة بمثل القيمة جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء المبايعة يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وان فاتت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله وللبدل حكم المبدل ثم انه لما اتجه ان يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون لبطل اقراره بالدين حالة الصحة ايضا لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع ان ذلك ليس بباطل بالاجماع اجاب بقوله وفي حالة الصحة لم يتعلق حق الغرماء بالمال اي بمال المديون لقدرته على الاكتساب اي لقدرة المديون على الاكتساب في تلك الحالة فيتحقق التثمير اي تثمير المال وهو تكثيره يقال ثمر الله ماله اي كثره فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر ان يقال سلمنا ذلك لكن لو اقر في المرض ثانيا ينبغي ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة اي حالة اول المرض وحالة اخره بعد ان يتصل به الموت حالة واحدة لانه اي لان المرض حالة الحجر ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران في المرض بمنزلة اقرار واحد كما ان حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران معا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى اي حالة الصحة حالة اطلاق للتصرف وهذه اي حالة المرض حالة عجز عن التصرف قال في غاية البيان لو قال حالة حجر كان اولى لكونه اشد مناسبة بالاطلاق فافترقا اي افترق الوجهان او الحكمان فمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولم يمنع الاقرار في حالة ولم يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في اخره ثم ان الدليل المذكور افاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في

وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه

فيقدم الدين المعروفة الاسباب عليه فقال انما تقدم المعروفة الاسباب يعني انما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض باسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض لانه لا تهمة في ثبوتها اي في ثبوت تلك الديون اذ المعاين لا مرد له يعني ان ثبوتها بالمعاينة والاقرار المعاين لا مرد له فتقدم على المقر في المرض وذلك اي ما ذكر من الديون المعروفة الاسباب مثل بدل مال ملكه كالثمن المبيع وبدل القرض او استهلكه اي او بدل مال استهلكه وعلم وجوبه اي وجوب البدل بغير اقراره اي بغير اقرار المريض بان وجوبه من وجوب البدل بغير اقراره اي بغير اقرار المريض بمعاينة القاضي او بالبينة او تزوج امرأة بمهر مثلها هذا عطف على بدل مال ملكه بحسب المعنى كانه قال ومثل امرأة تزوجها فانها ايضا من الديون المعروفة الاسباب لكن الظاهر ان كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرط في هذا القسم ايضا لان ما ثبت باقرار المريض فلا يصلح مثالا لما تقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب اذ كان ذلك شرطا ايضا ففي هذا ايضا لا يرى في تاخير المصنف رحمه الله عن قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجه وجيه وهذا الدين اعني الدين اللازم في المرض باسباب معلومة مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا اشارة الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها فان تلك العلة اعني عدم التهمة في الثبوت كما تمشي في الدين اللازم في المرض باسباب معلومة بناء على ان المعاين لا مرد له كذلك تمشي في دين الصحة مطلقا اما فيما لزم في الصحة باسباب معلومة فبناء على ان المعاين لا مرد له واما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على ان لا يكون فيه ابطال حق الغير كما في اقرار المريض وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له اقول ليس هذا بتام لان تلك العلة اعني قوله اذ المعاين لا مرد له لا تمشي فيما اذا ثبت دين الصحة بالاقرار اذ الثابت بالاقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها ان لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى اقول هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف لانه لا تهمة في ثبوتها قريب في الذكر وشامل في الدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به في شرح قوله ههنا لما بيناه فيصار الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها والى قوله في بعيد بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب النهاية ومعراج الدراية لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها اقول ان اراد ان قوله لما بينا اشارة الى قوليه المذكورين في الموضعين على طريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليه ما يرد عليه من انه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وان اراد انه اشارة الى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى ان كلا واحد منهما يصلح ان يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من اسباب تلك الديون من الحوائج الاصلية قط فلا يتم المقصود ولو اقر اي المريض بعين في يده لآخر سواء كانت العين امانة او مضمونة لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به اي بما اقر به ذكر المصنف هذه المسألة تفريعا على مسألة القدوري ومفادها ان الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض خلافا للشافعي رحمه الله ذكر المصنف هذه المسألة ايضا تفريعا على مسألة القدوري وقال في تعليلها لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون مشتركا بين الغرماء بالحصص عندنا نص عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي رحمه الله المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من يخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء اي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز ايثار البعض على البعض بقضاء الدين لهم لاشتراك الكل مع تساويهم في تعلق حقهم بمال المريض الا اذا قضى ما استقرض في مرضه هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض

أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة **قال** وإذا قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض لأن الإقرار في ذاته صحيح والساقط في حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته **قال** فإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين

وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعا أعني قضى واستقرض فالمعنى إلا إذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذا قوله أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه أي نقد في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه أي والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة أو بمعاينة القاضي فحينئذ يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما وتسليم المقبوض لهما ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لأنه لم يبطل حق الغرماء بل إنما حوله من محل إلى محل يعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط أرأيت لو رد ما استقرض بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع لكان تمتنع سلامته للمردود عليه بحق غرماء الصحة لا تمتنع ذلك فكذلك إذا رد بدله لأن حكم البدل حكم المبدل قال في النهاية وذكر في الذخيرة بأوضح من هذا فقال فإن قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة في معنى المال المريض لا في أعيانها وهذا لا يكون إبطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل ألا يرى أنه لو باع ماله يسوى حقوقهم كان له ذلك فأما في النكاح والإجارة فالمهر والأجر أبطل حق غرماء الصحة عن عين المال ومعنى ما لية لأن ما وصل إليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان إبطالا لحقهم وليست له ولاية الإبطال انتهى قال أي القدوري في مختصره فإذا قضيت على صيغة المجهول وفسر المصنف رحمه الله القائم مقام الفاعل بقوله يعني الديون المتقدمة وأراد بالديون المتقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة وفضل شيء هذا من كلام القدوري يعني وفضل شيء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة يصرف إلى ما أقر به في حال المرض قال المصنف في تعليله لأن الإقرار في ذاته صحيح أي محمول على الصدق في حق المقر لصدوره عن أهله في محله إذ الكلام فيه فيكون حجة عليه إنما رد في حق غرماء الصحة لكونه منافيا حق الغير فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته أي صحة إقراره في المرض لزوال المانع قال أي القدوري في مختصره وإن لم يكن عليه أي على المريض ديون في صحته جاز إقراره وإن كان لكل ماله قال المصنف في تعليله لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير يعني أنه إنما رد لتضمنه إبطال حق الغير فإذا لم يتضمن ذلك هنا إقراره لعدم المانع أقول كان الظاهر في وضع المسألة أن يقال وإن لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون لازمة في مرضه بأسباب معلومة جاز إقراره لأن الديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضا على الدين الثابت بإقرار المريض كما مر فإذا كان عليه تلك الديون فالظاهر أن لا يجوز إقراره وإن لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه إبطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه بأسباب معلومة وكان المقر له أولى من الورثة هذا من كلام القدوري أيضا قال المصنف في تعليله لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والأثر في مثله كالخبر لأنه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لأنه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عن عمر وكذا روي في الأصل حدث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال إذا أقر في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله أقول هذا النظر غير وارد لأن كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء في النقل إلى أحدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما أنهما قالا إذا أقر المريض لوارثه لم يجز وإذا أقر لأجنبي جاز انتهى فتدبر ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية إذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا في الشروح وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم حاجته أي حاجة الميت في التكفين والتجهيز أقول لقائل أن يقول إن كان قضاء الدين الثابت بإقرار المريض من الحوائج الأصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيما مر الفرق بين الدين الثابت بإقرار المريض وبين الدين اللازم بمناكحة لقوله بخلاف النكاح لأنه من الحوائج

قال وان اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية ورثته وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي ولوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين

الاصلية هو مهر المثل انتهى اقول يمكن ان يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الاصلية اذا لم يتحقق هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض باسباب معلومة او تحققا ولكن فضل شيء من التركة بعد قضائهما واما اذا تحققا ولم يفضل شيء من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لان علة كونه من الحوائج الاصلية ان يرفع به الحائل بين المديون وبين الجنة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض باسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لانهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرتفعا بقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الاصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال ثم اجاب بعض الفضلاء عن الايراد المزبور بانه لم يظهر ثبوت الدين فيما اذا اقر بدين في مرضه عليه يوم الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الاصلية اقول يرد عليه انه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما اقر به في مرضه وبين ما لزم بنكاحه عدم ظهور ثبوت الاول لمكان التهمة فظهور ثبوت الثاني اذ المتبادر لا مرد له لا عدم كون الاول من الحوائج الاصلية وكون الثاني منها كما تقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحوائج الاصلية ومورد الايراد انما هو قول المصنف هذا ويمكن التوجيه فتامل قال اي القدوري في مختصره وان اقر المريض لوارثه لا يصح سواء اقر بعين او بدين كما صرح به غاية قال صاحب النهاية وهو باطلاقه يتناول العين والدين الا ان يصدقه فيه اي في اقراره هذا بقية الورثة وبه قال الشافعي رح في قول واحمد رح وهو قول شريح و ابراهيم النخعي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم ابو هاشم وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح وهو قول ابي ثور والعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل اذا اتهم كمن له بنت وابن عم فاقر لابنته لم يقبل ولو اقر لابن عمه قبل اذ لم يتهم ان يزيد في نصيبه ويتهم ان يزيد في نصيب البنت ما قاله الشافعي رح في احد قوليه ما ذكره المصنف رح بقوله لانه اي لان هذا الاقرار اظهار حق ثابت اي اخبار عن حق لازم عليه لترجح جانب الصدق فيه اي في هذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض ادل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز ان يثبت الحجر عن الاقرار به وصار هذا الاقرار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر نحو ان يقر بمجهول النسب انه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شيء من التركة اليه وبوديعة مستهلكة للوارث اي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه يصح وصورة ذلك على ما ذكر في الجامع الكبير رجل اودع اباه الف درهم في حال صحة الاب او مرضه بمعاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وانكر ذلك الورثة فان اقرار المريض جائز والالف من تركته للابن المقر له خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه انا ولو لم نعتبر اقراره يصير انه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى اقول جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعاينة في المسئلة المذكورة انما هو ايداع الوارث ملك الوديعة لا استهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض في ما تيك المسئلة فيبقى الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد للتهمة لا خلل فيه ولا تهمة في هذا الا يرى انا اذا كذبناه فات وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا انتهى وكان تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله لانه لا تهمة في هذا فتوهموا ان وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على التقديرين صدق في اقراره ام كذب لانه مات مجهلا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه ثم ان صاحب الغاية لم يصب ايضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير بتقرير دليل الشافعي مع ان التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له وانما الصواب ذكر مضمون ذلك التعليل في مقام الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة كما ذكره غيره

قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قلت غريب وروى الدارقطني في سننه عن نوح بن دراج عن ابان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قال شمس الائمة الحلواني في مبسوطه وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام الا لا وصية لوارث ولا اقرار بالدين الا ان هذه الزيادة شاذة غير مشهورة

ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر عنه يمتنع الناس عن المعاملة معه

وانما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ علماؤنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى فقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجماعا انتهى اقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاثر الذي روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انما يدل على بطلان اقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومسئلتنا تعم بطلان اقراره له بالدين والعين كما صرح به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا ان يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلي الآتي كلية المدعى قال ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع اي المريض من التبرع على الوارث كالوصية له والهبة له اصلا اي بالكلية ففي تخصيص البعض به اي ففي تخصيص بعض الورثة بماله ابطال حق الباقين اي ابطال حق باقي الورثة وهو جور عليهم فيرد وقد ذكر ههنا ما يرد عليه من الاشكال بالاقرار في المرض لوارث آخر وجوابه فلا فائدة في ذكرهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى العقل فيتعين على الصدق قلنا الاقرار للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز انه اراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب ان يتوقف صحته على رضى الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع اليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء من تحصيل المقصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره كذا في الكفاية ومعراج الدراية قال ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الامال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يورث تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب التعلق اي سبب تعلق حق الاقارب بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بالاختصاص وعلى هذا التقرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء الى آخره دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو الظاهر من اسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الى آخره فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمي انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان تقديم قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين يأبى عن ذلك جدا لان قوله لانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه مقدمة لدليل اصل المسئلة وقوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين مقدمة اخرى له مربوطة بالاولى ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلي المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لان يكون دليلا على قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه لولا توسط قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وعن هذا قال في الكافي ولانه آثر بعض ورثته بشيء من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو اوصى له بشيء من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء لظهور آثار الموت فيها والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء امله عنده واقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق اقربائه ولهذا امتنع من التبرع على وارثه اصلا فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين انتهى وقال في التبيين لان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد تعلق حق جميعهم فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لوارثه كما لا يتمكن منه بالوصية له انتهى قال الا ان هذا التعلق اي تعلق حق الورثة بمال المريض في حالة المرض لم يظهر في حق الاجنبي حيث لم يمنع اقرار المريض للاجنبي لحاجته اي لحاجة الانسان الى المعاملة في الصحة اي في حالة الصحة فلو لم يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تنقض حاجته في حالة الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه اي مع الصحيح بناء على جواز ان يمرضه المرض فيتعطل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعا لما يستعمر ان يقال الحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون

وقلما يقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار لوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوا حقهم فيصح اقراره واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل **قال** ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية

مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما يقع المعاملة مع الوارث لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة فلا يحصل الربح فلم يظهر اي وكذا لم يظهر هذا التعليق في حق الاقرار لوارث آخر لحاجته ايضا اي لحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث ايضا لان الاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى ابقاء نسله فلا يحجر عنه لحق الورثة ثم هذا التعلق اي تعلق الورثة بمال المريض في مرضه حق بقية الورثة فاذا صدقوه اي فاذا صدق بقية الورثة المقر لوارث فقد ابطلوا اي ابطلوا حقهم فيصح اقراره وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا ان تصدقه فيه بقية الورثة واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية او الى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان ومعه الشارح العيني وفي العناية كانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان القياس ان لا يجوز الا في الثلث وهو مذهب بعض الناس كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه لان الشرع قصر تصرفه اي تصرف المريض عليه اي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب الا ان ينفذ الا في الثلث كذا قالوا اقول لقائل ان يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والا لزم ان لا ينفذ تصرفه في نحو ثمن الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به احد وقد تقرر فيما مر ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يتم القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا ان يدعى ان كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاستحسان ايضا دون القياس الا انا نقول في وجه الاستحسان لما صح اقراره في الثلث لانعدام التهمة عن اقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين الثلث بعد الدين محل التصرف قطعا فينفذ الاقرار في الثلث الباقي ثم وثم حتى يأتي على الكل كذا في الايضاح وعامة المعتبرات اقول فيه شيء وهو ان الاتيان على الكل غير متصور على الوجه المزبور بناء على القول بالجزء الذي لا يتجزى كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثلاثة اجزاء فاخرج منها احدها وبقي جزآن امتنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذينك الجزئين الباقيين لعدم امكان التجزي في شيء منهما واما على القول بامكان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فلان الثلث في كل مرتبة لا يحتمل ان يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل لا يقال مراده بالاتيان على قريب من الكل لا عين الكل حقيقة لانا نقول فلم يتم التقريب لان المدعى جواز الاقرار لاجنبي وان احاط بكل ماله حقيقة تدبر وتقض لوجه المذكور بالوصية بجميع ماله اذا لم يكن عليه دين فانها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها لان للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو في الابتداء فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل اجيب بان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما اقر بدين انتقل الى محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية وانما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لاجنبي في مرضه بمال ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه اي ثبت نسب المقر له من المقر وبطل اقراره بالمال فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها بخلاف الهبة والوصية حيث بطلتا لها ايضا وقال زفر رحمه الله يبطل الاقرار لها ايضا لانها وارثة له عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبر في الباب لما ذكره المصنف بقوله ووجه الفرق اي بين المسئلتين ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح يعني ان النسب اذا ثبت يستند الى وقت العلوق فيتبين بذلك ان اقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج يعني ان الزوجية اذا ثبتت تثبت مقتصرة على زمان العقد فبقي اقراره لاجنبية فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية

قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه لأنهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الإقرار مسدود للوارث فلعلهما أقدما على هذا الطلاق ليصح إقراره لها بزيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت **فصل** ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضا لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره به وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه إذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه

على ما يأتي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالإقرار باطل لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لأن سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الإقرار انتهى قال أي القدوري في مختصره ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه أي من الزوج قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز هذا إذا طلقها بسؤالها وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الإقرار لها لأنها وارثة إذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهدي في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا بسؤالها ثم أقر لها بدين والوضعان صحيحان الحكم فيهما واحد على ما أقر في الجامع والمحيط غير أنه لولا الإقرار في الوضع الأول ترثه إذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لا ترثه ومع هذا إذا أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه أقول قد اختلف رأياهما في استخراج هذا المقام والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق في هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فإنه قال هناك وإن طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسألة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما إذا طلقها بغير أمرها ثم إني تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شيء منها بكون الحكم واحدا في الوضعين المذكورين بل إنما وجدت المسألة المزبورة مذكورة في الجامع الصغير وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها فالظاهر ما ذكره الزيلعي وأما عدم تعرض المصنف هنا وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح في كتاب الطلاق ثم إن صاحب العناية من الشراح فإن قيد المسألة ههنا أيضا بالقيد المذكور إلا أنه فسر بحيث جعلها مثالا لما كان المقر به وارثا حالة الإقرار دون الموت فغير بها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن الميراث والمذكور في الكتاب ثم أقر لها وبينهما بون لا يخفى قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب لأنهما أي الزوجين متهمان فيه أي في هذا الإقرار لقيام العدة أشار به إلى أن وضع المسألة فيما إذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما إذا كان موته بعد انقضائها فإقراره لها جائز وباب الإقرار مسدود للوارث فلعله أي فلعل الزوج أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها بزيادة على ميراثها ولا تهمة في إقراره ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت أي أقل الأمرين قال علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي ولو أقر لامرأته بدين من مهر صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء الصحة لأنه أقر بما يملك إنشاءه فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لأنها أقرت بدين للزوج لأن القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا وأداء الأخير بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الفتاوى الصغرى المريضة إذا أقرت باستيفاء مهرها فإن ماتت وهي منكوحة أو معتدة لا يصح إقرارها وإن ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول بها صح

فصل في بيان الإقرار بالنسب قدم الإقرار بالمال على الإقرار بالنسب لكثرة وقوع الأول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان الثاني الفصل على حدة لانفراده ببعض الشرائط والأحكام كما سيظهر ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله أي مثل ذلك الغلام لمثله أي لمثل المقر يعني في السن بحيث يجوز أن يولد المقر للمقر وليس له أي للغلام نسب معروف بل كان مجهول النسب أنه ابنه أي أقر أنه ابنه وصدقه الغلام أي فيما إذا كان يعبر عن نفسه أما إذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا قاطبة ثبت نسبه منه جواب المسألة أي ثبت نسب الغلام من المقر وإن كان المقر مريضا إلى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليل المسألة لأن النسب مما يلزمه خاصة يعني أن النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير فيصح إقراره به وإن كان مريضا لأن إقرار المريض إنما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر فلا يصح إقراره وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه أي لأن كون نسبه معروفا يمنع ثبوته من غيره لأن النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته وإنما شرط تصديقه أي تصديق الغلام لأنه في يد نفسه إذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه وإذا كان في يد نفسه يعتبر فلا بد من تصديقه لأن الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين أقول ينتقض هذا بالتعليل بالإقرار بغير النسب كالمال ونحوه إذ لا يشترط

بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير

اي لزوم ما اقر به هناك تصديق المقر له ولكن يرد الاقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الاقرار مع جريان ان يقال في ذلك ايضا ان الحق لا ينبغي ان لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى اقول يتضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتأمل وقال في التبيين لابد من التزام حقوق النسب فلا يلزمه الا باقراره انتهى اقول هذا اظهر الوجوه وهو الحق عندي اذ لا شك انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وغيرهما وفي بعضها مشقة على المقر له فمبنى الاقرار بالنسب التزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر له فلا بد من التزامه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا يشترط تصديقه على ما مر من قبل اي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى ولا يمتنع بالمرض اي لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية فصار كالنكاح بمهر المثل ويشارك الورثة في الميراث هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره اي ويشارك الغلام المقر له بالنبوة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشاركه ورثته اي ورثة المقر بالنسب قال اي القدوري في مختصره ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد اي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعتبرات اقول لا يذهب عليك ان المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله هنا والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة هنا ايضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصر القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ولهذا لم يقع كذلك في الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى والزوجة اي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط هنا ان يكون المرأة خالية من زوج آخر وعدته وان لا يكون تحت المقر اختها ولا اربع سواها نص عليه في الكافي والشروح والمولى اي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم ان هذا الذي ذكره هنا من صحة اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ولرواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف رح ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرها والله تعالى اعلم بالصحة انتهى كلامه قال المصنف رح في تعليل مسئلة الكتاب لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وقال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة اقراره بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى اعلم بالصحة وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعني ان صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى اعلم بالصحة اقول فيه بحث اما اولا فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج فلذلك لا يجوز ولذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط واما ثانيا فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما نشأ مما صرح به في عامة الروايات بان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف في الاصول فعلم ان لا يجوز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الكتب جاز ان يكون دليل ذلك اقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجاز ان يكون دليل عدم الجواز هو النص او الاجماع او القياس الخفي الذي هو الاستحسان فكل واحد منها يترك القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي ايضا والاقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة احدى الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب الدليل المذكور فيه ان الاقرار بالام مثل المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فينبغي ان لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد

ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بيناه ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى

يصح ايضا اذا اخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك انتهى اقول لا نسلم ان الاقرار بامومة المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل البنوة الزوج ايضا بناء على كونه الاصل في النسب فكان اقرا على نفسه بالانتساب اليه ايضا وعن هذا قال في الوافي الاقرار بالاب صح لان المقر بالاب الزم نفسه الانتساب اليه ولم يتعد الى غيره فيصح وكان حجة عليه دون غيره لان الدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال مما هو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا انه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والابوية لا يمنع صحة اقرارها على النسب ويستوي في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط ولا يقبل اي لا يقبل اقرار المرأة بالولد وان صدقها الابن لان فيه اي في اقرارها بالولد تحميل النسب اي تحميل نسب الولد على الغير وهو الزوج لان النسب منه اي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم الا ان يصدقها الزوج استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد لان الحق له اي للزوج فيثبت بتصديقه او تشهد بولادته قابلة معطوف على ما قبله او الا ان تشهد قابلة بولادته اي بولادة ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها اي بولادتها اياه وفي هذه النسخة اضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر لان قول القابلة في هذا اي في هذا الخصوص مقبول قال في العناية ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى من هذا الكتاب ودليل التفصيل هو ان اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلابد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن اقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لاي معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع ان الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة والخمسة المذكورة دون من سواهم مع ان للرجل اذا اقر بالاخ بعد موت ابيه يشاركه في تركة ابيه على ما يأتي في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حيوته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت اما الاول فلان الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث اضاف الاب الى الولد بلام التمليك ولذلك اختص الاب بالنسب اما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي صحة اقرار الاب بالولد ووجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه احد في نسبه واما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة او الخمسة فهي ثبوته على طريق العموم لا على طريق الخصوص اي ان حقوق المقر له كما يلزم على المقر كذلك يلزم على غير المقر تقريرا لصحة اقراره حتى انه اذا اقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من اب المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه واما فيما سوى الاربعة او الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر بكل انه في موضعين احدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من اقر باخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من اب المقر واسه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرنا والثاني في صحة رجوع المقر

ولا بد من تصديق مولاه ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكامه عند أبي حنيفة رح لا عندهما لأن النكاح انقطع بالموت ولهذا يحل له غسلها عندهما لا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار

عما أقر في حق من سوى الأربعة أو الخمسة وعدم صحته في حق مولاه فإن من أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى إنه لو أوصى بماله كله لإنسان بعد الإقرار بأخ كان ماله كله للموصى له لأن النسب لما لم يثبت كان إقراره بالأخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما إذا مات المقر له ترك المقر عند عدم المزاحم ليس باعتبار صحة الإقرار بالنسب بل باعتبار أن ذلك بمنزلة الوصية بجميع المال أو باعتبار أن إقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حياته إلى هذا كله إشارة في الذخيرة وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي قال المصنف ولا بد من تصديق هؤلاء أي لا بد من تصديق المذكورين لأنهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الإقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره إلا إذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبدا فيثبت نسبه بمجرد الإقرار ولو كان عبد الغير يشترط تصديق مولاه كذا في التبيين ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر يعني أن المقر له بالنسب إذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا إذا صدق بعد موته لأن النسب يبقى بعد الموت فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بأسرها قال تاج الشريعة ولا يشكل هذا بإيجاب البائع إذا مات قبل قبول المشتري لأن الإقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما إذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل إلا أن الإيجاب ثمة فليس بتام لأن القبول ركن انتهى وكذا تصديق الزوجة أي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الإقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث لأن حكم النكاح وهو العدة باق بعد الموت فإن العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الأبدي أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه وكذا تصديق الزوج بعد موتها أي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها في الإقرار بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها لأن الإرث من أحكامه أي من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد الموت كالعدة وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح تصديق الزوج بعد موتها لأن النكاح انقطع بالموت حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها ولهذا لا يحل له غسلها بعد موتها عندنا ولا عدة عليه فلا يصح باعتباره كما في العكس ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث هذا جواب سؤال مقدر على قول أبي حنيفة رح تقريره سلمنا أن تصديق الزوج إياها بعد موتها لا يصح نظرا إلى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه إياها بعد موتها نظرا إلى الإرث الذي هو من حق آثار النكاح أيضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه أي لأن الإرث معدوم حالة الإقرار أي حالة إقرار الزوجة بالنكاح وإنما يثبت أي الإرث بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار قال صاحب النهاية معناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلا يمكن أن يثبت بالإرث انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن معنى كلام المصنف رح ههنا أن التصديق يستند إلى أول الإقرار بالنكاح والإرث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الإرث المعدوم وقت وأما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف رح أصلا ليس بصحيح ههنا أما أولا فلأنه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس الإرث حتى يتم أن يقال في الجواب عنه لا يمكن أن يثبت التصديق بالإرث لثبوت الإرث بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الإرث الذي هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الإرث بالتصديق وأما ثانيا فلأن ذلك منتقض بما إذا كان التصديق قبل موتها فإنه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجري أن يقال أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح وأما ثالثا فلأنه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف فإنه معدوم حالة الإقرار وإنما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا بجريان ذلك المعنى وإن فرض أن الإرث موجود حالة الإقرار ثابت قبل الموت تدبر قال صاحب العناية ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معدومة حالة الإقرار وإنما تثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار ويفسد بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت من كل وجه

الا ان يقال ان بينهما [illegible] الملك العين [illegible] احتياجا [illegible] هكذا اللفظ [illegible] فليس [illegible] يكون المرأة [illegible] باشباه انتهى [illegible]

بناء على ان العدة ايضا فيها [illegible] يكون المرأة [illegible] مركبة [illegible] ايضا [illegible]

ثم [illegible] فانه [illegible] عليها في [illegible] اذ الحكم [illegible] في هذه والمسألة المذكورة انما [illegible]

فالجواب [illegible] ذكره صاحب العناية في هذا المقام [illegible] وصاحب الهداية ان [illegible]

[illegible] بل هو حكم يثبت بعد الموت [illegible] التصديق [illegible]

وجوده بعد النكاح [illegible] النهاية [illegible] ان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق [illegible] من كل وجه

[illegible] في النهاية [illegible] ولكن [illegible] لان وجوب العدة ثابت قبل الموت [illegible]

ثابت قبل الموت في العدة بالطلاق فمسلم لكن ذلك لا يجدي نفعا اذ الكلام في العدة بالموت وان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت في العدة بالموت

ايضا فممنوع بل وجوبها في العدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيرها فقال بعض الفضلاء [illegible]

من حكم النكاح في قوله لحكم النكاح باق [illegible] العدة [illegible] حرمة التزوج بزوج آخر [illegible] ثابت في حال النكاح [illegible]

بالعدة [illegible] ما ذكرنا [illegible] الاشكال انتهى [illegible] حرمة التزوج بزوج آخر [illegible] حكم مستقل للنكاح بعد الموت

بل هو من [illegible] العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فان [illegible] التصديق بناء على [illegible] العدة [illegible] ذلك على [illegible] متفرع عليها لان

الاصل [illegible] الفرع [illegible] ايضا فالاشكال باق [illegible] اقر رجل [illegible] بعد [illegible] العبد [illegible] الاقرار [illegible]

المقر [illegible] الكسب [illegible] في مسألتنا كذلك [illegible] الكسب [illegible] حكم [illegible]

العبد [illegible] الكسب [illegible] قيام العبد [illegible] الارث فانما يثبت بعد موت المرأة [illegible] السبب الزوجية [illegible]

بالنكاح [illegible] تصديقها بعد ذلك دعوى ارث [illegible] كذا في الاسرار والايضاح وغيرهما قال ابو القدوري في مختصره ومن اقر بنسب من

غير الوالدين والولد [illegible] مثل الاخ والعم [illegible] لا يقبل اقراره في النسب [illegible] صدقه المقر له [illegible] من البينة كما

في [illegible] اي في هذا الاقرار حمل النسب على الغير فان في الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذ المقر به بالاخوة [illegible] ابن اب المقر [illegible]

الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذ المقر به بالعمومة [illegible] ابن جد المقر [illegible] وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذ المقر [illegible] لا يكون ابن ابن المقر

الا [illegible] وفي الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذ المقر [illegible] لا يكون جد المقر [illegible] من ابيه فان كان له اي للمقر [illegible]

قريب صاحب فرض او عصبة او بعيد كذوي الارحام [illegible] الوارث المعروف اولى بالارث من المقر له [illegible] فالارث للمعروف

[illegible] اي من نسب المقر [illegible] الوارث المعروف قال في النهاية قوله فان كان له وارث [illegible] قوله لا يقبل اقراره في النسب [illegible]

[illegible] وذلك [illegible] ان رجلا [illegible] مرضه بأخ [illegible] المحرمات [illegible] الميراث [illegible] العمة والخالة

او المولى [illegible] لان النسب [illegible] ثبت [illegible] وان لم يكن له اي للمقر وارث معروف استحق المقر له ميراثه لان

نسبه [illegible] بالنسب [illegible] استحقاق [illegible] على غيره [illegible] على نفسه [illegible]

ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار **قال** ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق

ولاية التصرف في ماله بنفسه عند عدم الوارث الا يرى ان له ان يوصي بجميعه اي بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك فيستحق المقر له جميع المال وان لم يثبت نسبه من المقر لما فيه اي في الاقرار المذكور من حمل النسب على الغير وليست هذه اي هذه الصورة او القضية يعني الاقرار المذكور وصية حقيقة اوضح ذلك بقوله حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول يعني اي الاقرار بالاخ وصية لاشتركا اي الاخ والموصى له بجميع ماله نصفين لكنه استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة اي لكن الاقرار المذكور بمنزلته اي بمنزلة الوصية بتاويل الايصاء والحري ان المرجع يعتبر في المسائل في امر التذكير والتانيث في كتابه هذا كما ترى ومن ذلك انما اشار فيما مر آنفا الى الاقرار بلفظ هذه وارجع ههنا الى الوصية ضمير المذكر حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان ثم مات ولا وارث له كان المال كله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه اي رجوع المقر المذكور صحيح يعني ان انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية لان النسب لم يثبت فبطل اقراره وينبغي لك ان تعرف ان الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه فان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك اما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته قال اي القدوري في مختصره ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ان فيه حمل النسب على الغير ويشاركه في الارث اي يشارك المقر له بالاخوة المقر في الارث من ابيه وبه قال مالك واحمد رح واكثر اهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت النسب وحكي ذلك عن ابن سيرين قال المصنف رح في تعليل المشاركة لان اقراره تضمن شيئين احدهما حمل النسب على الغير ولا ولاية له اي للمقر عليه اي على الغير فلا يثبت والثاني الاشتراك في المال وله فيه ولاية لانه اقرار على نفسه وله ولاية على نفسه فيثبت وشبه هذا بمسئلة كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق اي بعتق ما اشتراه من ذلك البائع لم يقبل اقراره في حق الرجوع بالثمن على البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن ولكن يقبل اقراره في حق العتق حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق ذلك ثم اعلم انه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطي المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات ابوه اخ معروف فاقر باخ آخر فكذبه اخوه المعروف فيه اعطى المقر نصف ما في يده عندنا وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد اقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة اخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب اخيه فبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر باخت تاخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما تاخذ خمسه ولو اقر ابن وبنت باخ وكذبهما ابن تقسم نصيب المقرين عندنا اخماسا وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو اقر بامرأة انها زوجة ابيه اخذت ثمن ما في يده ولو اقر بجدة هي ام الام اخذت سدس ما في يده فيعطى ما في يده كما يعطى لو ثبت ما اقر به ولو اقر احد الابنين المعروفين بامرأة انها زوجة ابيهما وكذبه الآخر اخذت تسعي ما في يده وعند ابن ابي ليلى لها ثمن ما في يده لان في زعم المقر ان للمرأة ثمن ما في يدي الابنين الا ان اقراره صح في ما في يده ولم يصح في حق صاحبه فما اخذ في حق نفسه فيعطيها ثمن ما في يده ونحن نقول ان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من حقه في زعمهما صار كالتاوي فيقسم النصف الذي في يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما فيجعل للمقر وهو سبعة على تسعة اسهم فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بسبعة كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم انه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد وانما يثبت باقرار رجلين او رجل وامرأتين من الورثة وقال ابو يوسف رح والشافعي ان كان يحوز جميع الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول اصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهدي في شرح مختصر القدوري نقلا عن

قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لأن هذا إقرار بالدين
على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو الحكم في الإقرار بالدين على الميت
لأنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر

الا قطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الإقرار بالأخوة إقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما إذا كانا اثنين فصاعدا لأن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة قال أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ومن مات وترك ابنين وله أي للميت على آخر مائة درهم فأقر أي أحد الابنين أن أباه قبض منها أي من المائة خمسين درهما لا شيء للمقر أي لا شيء من المائة للابن المقر وللآخر أي وللابن الآخر خمسون منها يعني كان للابن الآخر أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم أن أباه قبض من المائة لأن هذا أي لأن إقرار أحد الابنين بما ذكر إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء أي استيفاء الدين إنما يكون بقبض مضمون لما عرف أن الديون تقضى بأمثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصا وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فإذا كذبه أي كذب المقر أخوه استغرق الدين نصيبه أي نصيب المقر كما هو المذهب عندنا احترز به عن قول ابن أبي ليلى فإن عنده الدين على الشيوع بسبب الإقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين أي كثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وبما هو المذهب عندنا قال الشافعي رحمه الله في قول وأحمد رحمه الله يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحكم والحسن وإسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بأن صرف إقراره إلى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين وإذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الموت لم ينتقل على زعمه من الدين إلا خمسون فلم يتحقق القسمة انتهى أقول الجواب المزبور ليس بشيء لأن حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر إنما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكفي في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فإن قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر إلى كل منهما والأظهر عندي في الجواب أن يقال قسمة الدين قبل القبض إنما لا تجوز في القسمة الحقيقية وما نحن فيه القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض إنما لا تجوز قصدا لا ضمنا فتأمل قال المصنف غاية الأمر أنهما أي الابنين تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما أي على كون الخمسين الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما لكن ذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فإذا هلك منه هلك مشتركا وما بقي يبقى مشتركا فالابن المنكر الهالك لم ينكر الاشتراك في شيء من أجزائه والابن المقر وإن زعم أن بعض أجزائه هالك لكنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فينبغي ذلك أن يكون بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فأجاب بأنهما وإن تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لا يرجع على القابض بشيء لعدم الفائدة إذ لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم بقدر ذلك لعدم أن أباه لم يقبض شيئا من الغريم وتمام الخمسين بسبب أنه حقه ويرجع الغريم أيضا على المقر بقدر ذلك لأن تعاطي المقاصة في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت بموجب إقراره والدين مقدم على الإرث فيؤدي إلى الدور ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فإن قيل زعم المقر معارض بزعم المنكر فإن في زعمه أن المقبوض ما على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فأي مرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به إلى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بقوله غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة لعدم الدور انتهى أقول كل واحد من تقرير السؤال والجواب على الوجه الذي ذكره مختل أما تقرير السؤال فلأن حديث معارضة زعم المقر بزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف ههنا لأنه قال غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك أن التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه ذلك وعجب أن صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضا في أثناء تقرير السؤال وفرع على تعارض زعميهما حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم البس بقوله

كتاب الصلح

لزعم المقر على زعم المنكر ولا يخفى ان في نفس هذا التقرير تعارضا وتناقضا واما التقرير بحيث لا يرد عليه خلاف المفهوم من تقرير العيني ان المرجع هو ان باعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم افادة جبر الدعوى هو ان الحق ودفع الدعوى انما يكون باعتبار زعم المنكر دون زعم المقر والحق ان ذلك لزوم الدعوى انما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر لان يرجع الغريم على المقر بالاخرة ايضا علمه بزعم المقر ان اباه قبض منه الخمسين وانما بقي عليه الخمسون المقبوضة وانما على زعم المنكر وهو ان اباه لم يقبض منه شيئا فلا يرجع الغريم على المقر بشيء بل يلزمه ان يعطي المقر ايضا شيئا من المنكر فلا يلزم الدور تدبر تقف ثم قال صاحب العناية وللقائل ان يقول انه كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان من زعم المقر ان اخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكن في زعمه ليس في الرجوع للظالم بل طلب تمام حقه انتهى اقول في الجواب نظر لان الخمسين التي قبضها المنكر من الغريم اما ان كان تمام حق المنكر لم يكن حق في رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه اذ ليس حقه في المائة زائدا على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه وان لم يكن المقبوض الا تمامه حقه بل كان بعضه حق اخيه لم يكن هو فيما يقبضه اخوه منه مظلوما وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى فالحق في الجواب ان يقال لا نسلم انه اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان في زعمه انه فيما يقبضه اخوه منه مظلوم كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم ارثا لهما بينهما كما تقرر نعم يجوز ان يكون من زعم المنكر ذلك ان اخاه ظالم لنفسه حيث ابطل حقه في المائة باقراره بان اباه قبض منها الخمسين

كتاب الصلح

قد مر مناسبة الصلح بالاقرار في اوائل كتاب الاقرار والصلح في اللغة اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال ومعناه دال على حسنه الذاتي وفي الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما في سائر المعاملات وركنه الايجاب والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح اما صاحب العناية فقال اخذا من النهاية وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين حتى اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال بعت لا يتم البيع ما لم يقل الاول قبلت انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه سياتي في الكتاب ان الصلح اذا وقع عن اقرار فان كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات وان كان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات واذا وقع عن سكوت او انكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فاذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح عن ذلك الجنس كان وقوع الصلح عن سكوت او انكار وجب ان لا يتم الصلح بقول المدعي فعلت لان كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما اذا وقع عن سكوت او انكار انما هو في حق المدعي واما في حق المدعى عليه فانما هو افتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله ايضا حتى يتحقق الافتداء وينقطع الخصومة واما ثانيا فلانه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح على قطعة منها ولم يذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا كما يجيء فينبغي ان يتم هناك ايضا بقول المدعي فعلت بدون قبول المدعى عليه لكونه اسقاطا للدعوى في بعض الحق بمثل ما قال فيما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم الاطلاق في قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين واما ثالثا فلان قوله لانه طلب البيع من غيره الى آخره في تعليل قوله بخلاف الاول قاصر عن افادة كلية المدعي وهو كلية الايجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين اذ طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح بل انما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما اذا كان الصلح عن اقرار وكان عن مال بمال فتامل وشرطه مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض ومع ذلك له انواع شروط آخر سيأتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي كذا في الكافي وبعض الشروح وقال في العناية اخذا من النهاية وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك كالمال او في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي فيما يحتمل المصالح عنه التمليك او لا انتهى اقول فيه كلام وهو ان المصالح عليه ايضا قد يكون مما لا يحتمل التمليك كترك الدعوى فانهم صرحوا بانه اذا ادعى حقا في

قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا

دار رجل ادعى المدعى عليه تمامى ارض بيده للسعي فاصطلحا على ترك الدعوى فانه جائز فيجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تملك المدعى عليه اياه وبرائته عن دعوى المدعى وفي جانب المصالح عليه قسما واحدا هو تملك المدعى اياه مع جريان احتمال التمليك مع عدمه في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك ظاهري مبني على المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فانه ترك مما ادعاه عنه بالنظر الى نفسه المدعى عليه ومصالح عليه بالنظر الى الآخر وهو لا يحتمل التمليك قطعا قلنا فماذا يقال فيما اذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين فلا شك انه كما ان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصورة تملك المدعى المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر بقي ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل مالا وانكر المدعى عليه ودفع المدعي الى دعي ليدفع شيئا بطريق الصلح واخذ المال فانه جائز كما سيأتي في الشروح في فصل المسئلة السابع من فصول الاستروشني مع انه يملك ههنا المدعي المصالح عنه والمصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في هذا الجانب [illegible] **قوله** الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار قال في العناية الحصر في هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم جوابا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه ساقط بقولنا جوابا انتهى اقول وفيه نظر اما اولا فلانه انما يفيد انحصار القسمة الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي ولا يفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم جوابا اذ يخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسميه معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الانواع ضروري ويمكن ان يقال المراد بالسكوت في قوله اما ان يسكت او يتكلم جوابا هو السكوت عن التكلم لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم اصلا فتدخل الصورة المزبورة في القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله اما ان يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الانواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن ايماء الى ان المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب لا مطلق السكوت لان مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس بما ذكر في الكتاب بل هو ان لا يتكلم اصلا **قوله** وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير تسامح المصنف ههنا في التعبير حيث قال لاطلاق قوله تعالى مع انه لا يذهب عليك ان المطلق هو ما حكم به ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا الاطلاق قوله الا انهم كثيرا ما يتسامحون في العبارة في امثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيها على فائدة بتقييد تلك العبارة كما نقل تفهيم العلم بحصول صورة الشيء في العقل مع انه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في شرح قوله لاطلاق قوله تعالى اي القول المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان اضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كاضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو حتى انهم اولوا مثل جرد قطيفة واخلاق ثياب بما يخرج به عن ان يكون من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف في معنى حمل كلام المصنف ههنا على ذلك [illegible] واما ثانيا فلان الصفة في القول المطلق هو المطلق لا الاطلاق [illegible] الكلام فتوجيه اطلاق بما ذكره لا يجدي حديث اضافة الصفة الى الموصوف شيئا بل لا بد من المصير الى المسامحة كما ذكرنا قال صاحب العناية فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى ان يصلحا في سياق الشرط وكان مستقبلا وقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل غيره انتهى اقول ان الجواب الاول والثالث من الاجوبة الثلاثة ليسا بتامين اما الاول فلان كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي شيئا في دفع السؤال المذكور لان ما سلم شرعا عموم اللفظ يحمل اللام في قوله تعالى الصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير خاصا [illegible] لا عموم اللفظ في نفسه اي تخصيصه بخصوص السبب واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والصلح خير كان في الحال ان التكلم بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان في الحال اي في حال ورود الآية الكريمة فمسلم لكن لا ينافي ان يكون تحقق مدلوله في الاستقبال الا يرى انه لو قال لها [illegible]

وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر
ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة

الذي يحدث فيما جنيه بالشك ان يقال كما قيل هذا الكلام وانما يكون كائنا في الحال ما تحقق ذلك الامر وانما انه اخبر به فيكون في المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن ما نحن فيه
وان اراد بذلك ان الصلح الذي اخبر بانه خير كان في الحال فهو ممنوع فالصواب من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح
سوى الهداية ووجه كون الصلح عاما في قوله تعالى والصلح خير على تقدير ذكره للتعليل هو ان العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي هو فيه بل اينما وجدت العلة يثبت الحكم كذا
وهو التقرير المناسب لقواعد الاصول واما التقرير المطابق لقواعد المعقول فهو انه يكون حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الاول كانه قيل فان هذا صلح والصلح خير
وكلية الكبرى شرط لانتاج الشكل الاول على ما عرف في الميزان ثم اعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب ايضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لما دل الفاء بل الواو فانتفى
ليس من الشيء لان المراد الابدال مما يتم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وهو في اقوالوا قوله تعالى اخرجه مخرج التعليل
وذكره كانه قال ما تصالحوا لان الصلح خير وقال في غاية البيان هو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلوة خير على ان قوله تعالى والصلح خير بمنزلة الكبرى والدليل
والصغرى مطوية كما اشرنا اليه فيما مر واداة التعليل كاللام والفاء اذا ذكرت انما تدخل على اول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال ههنا اصلا تدبر قال
صاحب العناية فان قيل سلمنا معنى الاطلاق في قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح
من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى اقول
يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز انه خطأ فهو مخالف لما صرح به في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتي وهو انه اذا ادعى رجل على
امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع ثم اقول توجيهه ان عدم الجواز رواية في هذه المسألة وان كان خلاف ظاهر الرواية فهما
والسؤال المزبور فيما اورده الشافعية فلم اخذوا في هذه المسألة واخواتها بما هو الملائم لغرضهم والحنفية اجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل واخرى بان
ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع واما صاحب غاية البيان فتعرض له ايضا حيث قال
في الجواب ههنا انا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها اذا انكرته فصالحت على مال لانه يجوز به صرح القدوري في مختصره وحكى ذلك في فصل عقيب
انتهى وقال في ذلك الفصل هذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في
الصلح بلا انكار بقولهم اذا ادعى على امرأة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز ولئن صحت تلك المسألة كما اوردوا في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه لم ترد في تلك المسألة انتهى قوله
وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا قلت كان الاظهر ان يقال بالاخبار روينا لان اول الحجة عليه الا انه قوله ولنا ما تلونا واول ما روينا كرر ذكرهما تأكيدا او توطئة
لقوله وتأويل آخره الى آخره والاكثر ههنا بيان هذا التأويل ثبت ان دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لانه بصدد الجواب عما قاله الشافعي رح واحمد
بيانها اقول بقي ههنا اشكال في قوله واول ما رويناه وهو ان المفهوم منه ان يكون اول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره
مستثنى من اوله وقد تقرر في علم الاصول والفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء ان يتأخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لكل من الكلام
في صورة الاستثناء حكم مستقل دون آخره بل انما يتم المعنى بالمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن ان يوجه بان قوله وتأويل آخره احل حراما لعينه الى آخره متصل من حيث المعنى
بقوله واول ما رويناه في اصل الكلام ان لنا اول ما رويناه مع تأويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل لكن الانصاف ان لفظة اول ههنا مع كونها تامة
غافلة للموهم لما يخل بالكلام غير لائق بشأنه فالاولى ان يطرح من البين قوله وتأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة
على هذا الحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره الخصم فان الصلح مع الانكار لا يخلو من ذلك فان الصلح يقع على العوض

ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لأن المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز قال وإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة إذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لأنه إجارة

فانا وعلى الماخوذ التمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل والحمل على ذلك اجيب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك انه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على الماخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه انتهى اقول في تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لانه لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام في حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حمله على الصلح على الاقرار خاصة اذ لا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير ان يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير ان يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه ايضا فمدار التاويل والحمل في آخر الحديث انما هو لفظا الحرام والحلال دون لفظ الصلح فالحق في التقرير ان يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على تحليل الحلال وتحريم الحرام ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بان قال هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اصلا لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجيء انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في الحق اصلا غاية الامر ان يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي على انه ليس يمر لك ايضا اذ يجوز الصلح على بعض الحق في العين بطريق آخر وهو ان يزيد درهما في بدل الصلح وسياتي كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليهما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين ايضا قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه ائمتنا من جواز الصلح مع الانكار او السكوت ايضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي مطلق لانا نقول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز كذا في النهاية انتهى اعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ واما الدليل على انه محمول على ما ذكره غير محرر على ما ترى انتهى اقول الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبيح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شك ان في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج

قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال الى آخره هذا لفظ القدوري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه كما صرحوا به اراد ان يبين ضابطة يعرف بها انه على اي عقد يحمل اقول ليست هذه الضابطة تامة لان الصلح عن اقرار يقع عن منافع بمال وبمنفعة كما اذا ادعى الرجل سكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة او على خدمة عبد شهرا او على ركوب دابة شهرا فان كل ذلك جائز على ما صرحوا به في اول الفصل الآتي مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقد الاجارة وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صالح مسمى فيه صلح ههنا ايضا كما سياتي في الكتاب مع انه ليس بمذكور ايضا في تلك الضابطة وليس في معنى عقد البيع لا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من هذه الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منهما بداخل ايضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها اصلا فكانت قاصرة عن تمام افادة المراد لا يقال يستغنى عن ذكر تلك الصور ههنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب لانا نقول قد ذكر هناك ما ذكر ههنا ايضا بان قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر

قال [illegible]

[illegible]

فصل [illegible]

ثم إن كون الصلح عن إقرار على معنى البيع إنما هو فيما إذا وقع عن مال بمال أما هنا فإنما وقع على خلاف جنس المدعى به أما إذا وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعى فهو حط أو إبراء وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء وإن كان بأكثر فهو فضل وربا صرح به في التبيين وغيره قوله والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا أشار إلى ما ذكره بقوله لأن المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه أقول هنا كلام وهو أن كون الصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعي مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فإنه إذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعي إلى المدعى عليه شيئا بطريق الصلح وأخذ العين كان الصلح جائزا على ما ذكروا مع أنه في حق المدعي ليس بمعنى المعاوضة لأن في زعم المدعي أن العين الذي أخذه ملكه ولا يتصور أن يعاوض الإنسان ملك نفسه بل هو في حق المدعي في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرح به أيضا قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي قال صاحب النهاية فإن قلت كيف صورة البراءة قلت هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك لا تسمع دعواه ولو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار فهذا أو ما أشبهه باطل وله أن يخاصم فيما بعد وذلك وفرق بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه عن ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا في عبد في يد رجل قال الرجل برئت منه كان بريئا منه ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه إنما أبرأه عن ضمانه كذا في الذخيرة إلى هنا كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلأن ما بان من صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار غير مطابق للمشروح وهو قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي بل هي حيلة البراءة من العين وليس كذلك لأن مرادهم صحة الصلح على بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه بأحد الأمرين لما هو عدم صحة البراءة من العين في الصلح عن ذلك بأن كان شيئا بعض الحق وإسقاطا للبعض الباقي كما في الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح إنما هو قوله برئت من دعواي في هذه الدار وأما ثانيا فلأن قوله فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه عن ضمانه لا من الدعوى إنما يتمشى في قوله أبرأتك عن هذه الدار لا في قوله أبرأتك عن خصومتي لأن الإبراء عن الخصومة هو الإبراء عن الدعوى وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار باطل أيضا بخلاف ما قالوا في عبد في يد رجل فإن المذكور هناك في جانب الإبراء إنما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير تدبر

فصل لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قوله الصلح جائز عن دعوى الأموال قال القدوري في مختصره وقال المصنف في تعليله لأنه في معنى البيع على ما مر أقول ههنا شيء وهو أن قول القدوري الصلح جائز عن دعوى الأموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فإن أجريناه على إطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لأنه في معنى البيع على ما مر لأن الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الإجارة كما صرح به فيما مر وإن قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع أنه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز وكان تقصيرا من التقييد بلا ضرورة لا يقال إنما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر لأنا نقول ذلك كما كان معلوما فيما مر كان ما عن مال بمال أيضا كان معلوما فيما مر قوله والمنافع بالجر عطف على الأموال أي وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدوري قال المصنف في تعليله لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح أقول لقائل أن يقول يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز قال القياس أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من غيره وهذا [illegible] لأن هذا ليس بتمليك إنما هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظ الصلح ينبئ عن تحصيل

ولا اصل له الصلح [illegible] على [illegible] العقود اليه واشبهها به احتيج الى تصحيحه بالمعاني [illegible] قال (وهو عن جناية العمد) [illegible] الخطأ [illegible] لقوله تعالى

فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف الآية قال ابن عباس انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا لان كل واحد

منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانها موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو

[illegible] الكتاب [illegible]

[illegible] فيصح الاعتياض

[illegible] والسكوت والكفالة [illegible] الشفعة

حتى لا يجب للمال [illegible] بطلان الكفالة [illegible] على ما [illegible] في موضعه

وتحمل الاسقاط فان لم يكن [illegible] استقاطا [illegible] استقاطا [illegible] معتبر [illegible] الملك [illegible] التعميم بالشراء الى [illegible] فان الموصى له اذا لم

على تمليك المنفعة الموصى بها [illegible] العلة [illegible] عن تمليك [illegible] ان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح ثم اقول يمكن ان يقال ان الموصى

له ان لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى [illegible] يقدر على [illegible] حكما [illegible] يقدر على اسقاطها ببدل [illegible] الامام الاسبيجابي بقوله

[illegible] معتبر [illegible] الملك [illegible] المفهوم [illegible] حقيقة لعقد الاجارة كما اذا [illegible] كذا [illegible] حكما بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة

الموصى بها [illegible] التوفيق بين كلامي [illegible] قال الامام النسفي في الكافي الصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار

[illegible] وصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ما ذكره الامام

في شرح الكافي [illegible] على امر [illegible] بين النقل عن الامام الاسبيجابي والكافي [illegible] جواز الاجارة [illegible] انتهى اقول

[illegible] لان مراد صاحب الكافي [illegible] اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا جاز اخذ العوض عن جنس

المنافع بالاجارة بالصلح كما اذا صالح عن منفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده انه كما جاز اخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار سنة وصية من

رب الدار بالاجارة كذلك جاز اخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح [illegible] المخالفة [illegible] جهنا كلام وهو ان ما ذكره الامام الاسبيجابي

في شرح الكافي من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة [illegible] فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد

آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب [illegible] جائز [illegible] ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغني من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة [illegible]

من [illegible] المصالحة [illegible] عن الخدمة على دراهم [illegible] لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز ايضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا او لبس ثوب

شهرا [illegible] ذكر في كثير من الكتب المعتبرة [illegible] الصلح عن المنفعة على المنفعة [illegible] حيث جوز فيها مصالحة

الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر [illegible] كثير من المعتبرات [illegible] جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان المنفعتان من

جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد [illegible] عندنا وموضع المسئلة كتاب الاجارات واذا اعتبر

الصلح على المنافع اجارة فيصح ما يصح في الاجارات [illegible] في الاجارات انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانا مختلفي الجنس

بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد او زراعة الارض او لبس الثياب [illegible] كما اذا صالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز

لانه لا يجوز [illegible] المنفعة بجنسها [illegible] الصلح [illegible] بالمنفعة كذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات [illegible] قوله والاصل ان

الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح [illegible] ما امكن اقول للقائل ان يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى [illegible]

يجوز كما صرحوا به فما تكن [illegible] على شيء من العقود [illegible] عن الترك دعوى [illegible] قال قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح

مسمى فيه صلح هنا [illegible] منهما مبادلة المال بغير المال قال [illegible] في شرح قوله حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا لا ينعكس [illegible] لا يقال كل ما صلح

[illegible] في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان [illegible] العكس [illegible] لان الصلح عن دم العمد على اقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح ما دون العشرة

صداقا ولانه [illegible] الصلح [illegible] القصاص على ان يعفو عن قصاص له على آخر جائز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص

عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم [illegible] الصلح في القصاص [illegible] العوض [illegible] القصاص [illegible] حتى صلح المال [illegible]

واما الثاني [illegible]

ان يقع عوضا عن قصاص او غرامة انتهى كلامهم اقول هنا اشكال وهو انه انما يصح ان يكون بدل المال في جناية العمد اذ ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم ان
لا يصح قول المصنف رح اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص على عين
ليس مبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف رح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا فلو
صالح عن دم العمد على سكنى بيت دار او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح ولو صالحه على ذلك ابدا او على ما في البطن او ثمرة
نخله سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح انتهى اقول فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم انه
لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح ينافي قولهم بان العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكروا ينبني على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل
عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لان لا يصلح صداقا فان جهالة تفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسلم كما تقرر في مقامه
وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا ملتزم لكن قال في المحيط اذا صالحه على حيوان عن دم
العمد فهو جائز والاصل في جنس هذه المسائل ان ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد فهو جائز وما لا فلا والوصيف يصلح مهرا في
النكاح وينصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا
فليتامل فان فيه مخالفة اخرى مقولة عند فساد التسمية يصار الى الدية الى هنا كلام ذلك البعض اقول لا مخالفة فيه لقوله عند
فساد التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما اذ انصرف مطلقه
الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهرا في النكاح وهذا امر لا سترة به **قوله** واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع اقول فيه
وهو انهم صرحوا بان الصلح اذا كان على جنس ما استحقه المدعي على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه وسياتي ذلك
في الكتاب ايضا في باب الصلح في الدين ولا يخفى ان الصلح عن جناية الخطأ اذا كان على احد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضي القاضي باحد منها بعينه او كان
على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى باحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتامل **قوله** ووجه الدول ان يجعل زيادة في
مهرها اي ان يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فيسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان
وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعوى النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون
ذلك زيادة في المهر انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل
يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا جرم ان يجعل ترك النكاح بمال فرقة بقبل وهي الخلع فلما جعل خلعا سقط اصل المهر فلا بد ان يجعل ما بدله
لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه **قوله** فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ لا يسلم له شيء من جهة الفرقة وانما الفرقة هي
التي تسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح اقول لمانع ان يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم له منها اصل المهر
اذ لولا هذه الفرقة للزمه مهرها عند اثباتها النكاح فيجوز ان يعطي الزوج العوض ليسلم له اصل المهر في ضمن ما تلك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز
ان يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطي العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المراة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني
هذا الصلح ان جعل في هذه الفرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمراة هذا اذا كنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى ويشير اليه قول صاحب العناية

اوحقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا لابي حنيفة رح لان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه *

فان حين ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها انتهى فحاصل هذا المعنى قلت يرد عليه ايضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها واما اذا كانت مباشرتها السبب الفرقة برضا الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذ كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا على مال بذله لها فلا نسلم ان وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل هذه الصورة يمنع اعطاء الزوج العوض الا يرى انه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك وقال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان طلقت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعا من وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا فيما اذا مكنت ابن زوجها فكذا ههنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر قوله او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الى آخره قال صاحب العناية وفي كلام المصنف رح تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات لا غير فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي فيتنزل فيها اليها انتهى كلامه اقول قد غلط في تخريج هذا المقام فحمل كلام المصنف رح على التسامح ومنشأ ذلك انه زعم ان مراد المصنف رح بالحق في قوله او حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الاخذ وهذا غير متصور في القيميات لان اخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المصنف رح بذلك قطعا بل انما مراده به حق تعلق الملك بمعنى ان الواجب في ذمة الغاصب تعلق المالك بمثل ما له صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيميات ايضا وان لم يتصور حق الاخذ الا في المثليات لان وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلنا ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بان قال والوجه لابي حنيفة رحمه الله ان هذا الاعتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لان الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب جنسا لانه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية الا ان الاخذ فيهما الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بائقة التقويم والاخذ والدفع لا غير ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى اعلم بذلك فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيف ما كان انتهى والعجب من صاحب العناية انه بعد ما نظر الى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بان فصل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله ان تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة انتهى اقول هذا اقبح من ذنبه لان المصنف رح ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى يحتاج الى اشتراك المسئلتين في الحكم بل انما هو ههنا في مقام الاستدلال على قول ابي حنيفة رح في الصلح عن الثوب المستهلك على اكثر من قيمته فان لم يفد الدليل الذي ذكره المصنف بناء على كون المدعي في القيمي وكون الدليل مخصوصا بالمثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم ايفائه حق المقام ولا تجدي الاشارة الى امر خارج عن الصدد نفعا كما لا يخفى

باب التبرع بالصلح والتوكيل به قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في العمل لغيره متبرع واقتفى اثره صاحب الغاية وصاحب العناية اقول ان قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد اذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف رح والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به ايضا فالحق عندي ان المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير امره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بامره وكلتا الصورتين مذكورتان في هذا الباب فيسلم ما ذكر في عنوان

[illegible]

باب الصلح في الدين

قال [illegible]

الباب عن الاستبداد أي بشيء وهو ان التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر الى قول المصنف في العنوان والتوكيل به والجواب ان التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع الى معنى التوكيل وهو بعينه التغير فان قلت فلم لم يقل باب التوكل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج الى البيان بانه مصدر من المبني للمفعول قلت فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الايماء الى ان المراد التوكل الحاصل بالتوكيل فهو التوكل بامر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون امر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستبداد كما لا يخفى فتأمل فانه معنى لطيف **قوله** والمال لازم للموكل قال صاحب النهاية ومعراج الدراية وفي شرح الاقطع فالمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها انتهى واقتفى اثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها انتهى اقول لا يحتمل اللام في قوله المال لازم للموكل على معنى على لان للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها او بالباء يقال لزمه ولزم به ولا يتعدى بعلى فلو جعل اللام بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم يسمع قط والصحيح ان تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون اقحامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل وادخال اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بانفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان اسأتم فلها لان اللام في هناك متعلق بقدر كما لا يخفى فيجوز ان يقدر بالصلح ان يكون كلمة على صلة له فلا خفي فيه تحمل اللام هناك على معنى على تأمل تقف **قوله** وتاويل هذه المسألة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض الدين الى آخره قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التاويل لا يكفي لتاويل المسألة فان فيه قيدا آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في التجارة لو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه لمدعي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في ان ما ذكره المصنف لا يكفي لتاويل المسألة بل لابد فيه من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار اقول يمكن ان يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف فان قوله اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل من تتمة تاويله ومقصوده منه تعميم جواب المسألة لكن لما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق العموم كانه قال وفيما سوى ذلك لا يرجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسألة وفائدته التنبيه على ان ما ذكره في ابتداء التاويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما ذكر بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسألة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعا في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما واذا تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار في جواب تلك المسألة وان كان الصلح في المعاوضات اذ قد تحقق فيما مر ان الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو افتداء اليمين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعي وانه يجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بمال وقد اشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال ولا يخفى ان ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعى عليه فتم ما قلنا بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر فتفكر

باب الصلح في الدين

قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه اقول فيه كلام وهو ان كلمة ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلم واما بالنظر الى قوله وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه ممنوع [illegible]

وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطا للبعض في المسألة الأولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح **قال** ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما إذا صالح من الألف البيض على خمسمائة سود لأنه إسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه أمكن أن يجعل إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تحريا للجواز أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم **قال** ومن له على آخر ألف درهم فقال أد إلي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق ألا يرى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والأداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقا فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضا حذار إفلاسه وتوسلا إلى تجارة أربح منه وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا

لأن ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة إذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا كما إذا كان عليه ألف درهم جياد وصالح من ذلك على ألف درهم جياد يحمل على استيفاء عين حقه صرح به في كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه إسقاط شيء قط وعن هذا قال في الوقاية وصلحه على بعض ما عليه أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة انتهى ويمكن أن يعتذر عن جانب صاحب الكتاب بأنه نادر بخروجه عن العادة فإن المعتاد أن يكون الصلح على أقل من مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي أن يزاد في لفظ الرواية قيد آخر وهو أن يقال كل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وإنما قلنا ذلك لأنه إذا أمكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وإن كان بعض ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك يتغير إن كان موجبا ما يبطل الصلح وإلا فلا ألا يرى أنه لو كان عليه ألف درهم سود فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لا يجوز والبخية اسم لما هو أجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وإنما لم يجز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل والصرف إلى أجل باطل انتهى كلامه أقول فيه بحث لأن قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف فإن ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم تشهد بذلك كله الأمثلة المذكورة في المسائل الآتية في الكتاب وأدلتها المفصلة فيه وأما المثال الذي ذكره بقوله ألا يرى أنه لو كان عليه ألف درهم سود فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل لأنه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف أما الأول فلأن البخية أجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالسود وإنما المستحق به السود لا غير وأما الثاني فلأن الأجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وإنما لم يجز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل والصرف إلى أجل باطل **قوله** وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا أقول لقائل أن يقول إنما يفضي إلى الربا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن جميع الألف المدعى وأما إذا جعل عوضا عما يساويه من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء على أن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها فلا إفضاء إلى الربا فإنهم حملوا الصلح في مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التأجيل فتأمل في الجواب **قوله** ومن له على آخر ألف درهم فقال أد إلي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قال صاحب العناية قيل معناه ففعل فهو بريء في الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى عليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي انتهى أقول لا يذهب على الفطن أن قوله فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد إليه الألف يأبى المعنى الثاني ويناسب المعنى الأول لأن عود الألف إليه يقتضي تحقق البراءة عنه أولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضا بأنه لا شك أن البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة إليه غدا متحققة أولا وإن لم تتحقق البراءة المطلقة أولا فإذا ذلك إليه أيضا نفيا إذا لم يدفع ذلك إليه غدا فصح أن يقال عاد إليه الألف نظرا إلى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فإن نصف الألف قد كان خرج من ملكه خروجا موقوفا على أداء نصفه الآخر إليه غدا فإذا لم يؤد إليه ذلك غدا عاد إليه الألف كما كان والحمل للعود مجازا عن البقاء كما كان فعله بعض الفضلاء مما لا تقبله الفطرة السليمة **قوله** ألا يرى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة قلت الباء في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة إلى ما تمحل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال أي في المعنى وإلا ففي اللفظ دخل كلمة على في الإبراء دون الأداء انتهى فكأنه حمل الباء على الإلصاق فأخذ منه الدخول في الأداء فاحتاج إلى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك **قوله** والأداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه

اولانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كالحوالة وسيجيء في الحوالة ان شاء الله تعالى قال رضي وهذه المسئلة على وجوه ما ذكرناه ولسانى ان قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت برئ من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا ووقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به

قال صاحب العناية في شرحه فالاداء والصلح عوضا لان عقد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد شيئا لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد شيئا لم يكن حيث قال فيه شيء بل استفاد البراءة اقول ليس هذا بشيء لان مراد صاحب العناية انه لم يستفد بالاداء شيئا في جانب الدائن والبراءة انما يستفاد في جانب المديون وعقد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيئا لم يتحقق عقد المعاوضة فتم المطلوب

قوله اولانه متعارف قال صاحب العناية قوله اولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما الوجود المقابلة واما ان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف اقول فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها ما لم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يخفى ان كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى يصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد ان يثبت العلة المصححة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجوز كالاول وليس فليس ثم اقول الاقرب ان يكون قوله اولانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيحا لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح ان يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فمعنى كلام المصنف تحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل اولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحا لتصرفه وقوله اولانه متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة قال صاحب العناية قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني لما كان تقييدا بالشرط يفوت بفواته كما في الحوالة فان براءة المحيل متقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى اقول لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الحمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المحال الواضح بجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة يعني ان الابراء مما يتقيد كالحوالة الا ان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والابراء متقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها تتقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم ار احدا ذهب الى كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعني انه لما كان تقييدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل متقيدة بشرط السلامة فلا يخفى على الفطن ان قوله لما كان تقييدا بالشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل تقييد لشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المناسب لما ذهب اليه ان يقال يعني ان الابراء لما كان مقيدا يفوت بفوات الشرط كان كالحوالة فانها يفوت بفوات شرط السلامة على ان فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقييده بالشرط وليس باصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون اصله تبصر ترشد قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه قال صاحب النهاية اي وجه خمسة فوجه الحصر فيها هو ان رب الدين في تعليق الابراء باداء بعض الدين لا يخلو اما ان بدأ بالاداء ام لا فان بدأ به فلا يخلو اما ان يذكر عدم تعلق الابراء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط ام لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء ام لا فان بدأ بالابراء فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط ام لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه

[illegible]

وبهذا ذكر وجه الحصر في الشانية ايضا نقلا عن صاحب النهاية اقول فيه اشكال اما اولا فلانه جعل الوجه الثاني قسما مما بدا بالاداء مع انه لم يبدء فيه بالاداء بل بدا بالمصالحة واما ثانيا فلانه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال ان البداءة في الوجه الثاني وان لم تكن بالاداء صورة الا انه كان بمعنى الاداء لان حاصل معناه ادا الى غدا خمس مائة على انك بريء من الفضل على انك ان لم تؤدها الى غدا فالالف عليك على حاله فالمراد بان بدأ بالاداء ان بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها ولا يخفى ان الوجه الثاني يتم بما ذكر من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه واما المصالحة فانما ذكرت فيه لمجرد تصحيح الايضاح واما عن الثاني فبان يقال ليس المراد بالبداءة بالاداء في وجه الحصر البداءة بالاداء المطلق بل المراد به البداءة بالاداء الموقت ولا يخفى انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء الموقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم واجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما كما نبينا انتهى اقول ليس هذا الجواب بشيء لان اتحاده مع ما بدئ حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالاداء اذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ فيه بالاداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدئ فيه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعل ما لم يذكر معه شيئا من الباقي على الديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم ايضا فلم يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين متغايرين **قوله** بخلاف ما اذا بدا بكلمة ان اذا بدأ باداء خمس مائة لان الابراء حصل مقرونا به من حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا **اقول** فيه بحث لان هذا وان افاد الفرق بين الوجهين الا انه ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به ايضا فيلزم ان لا يثبت تقييد الابراء بالشرط في ذلك الوجه ايضا ولم يثبت تقييده اولا هناك كما لم يثبت اطلاقه اولا في الوجه الثالث حتى لا يتبدل بالشك بل ان قيل ثم تقييد هناك فانما يتوهم من مقارنة الابراء بالاداء واذا كان الاداء متردّدا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره ههنا كان التقييد بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم في التعليل المذكور هناك بين قبلهما بكون الابراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك ما لا يخفى عليه فكان بين الكلامين تنافر فليتأمل في التوفيق

فصل في الدين المشترك

اخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد **قوله** والاصل ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض قال في النهاية واما اذا اخذ بمقابلة نصيبه ثوبا فليس لصاحبه ان يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تضمين رواية المبسوط واشارة رواية الكتاب انتهى **اقول** فلقائل ان يقول اذا كان قبض احد الشريكين في الدين شيئا من الدين مما افاد به ما اخذ بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسئلة اذا قبض احد الشريكين في الدين شيئا من العين وبين مسئلة الكتاب فلم يظهر جعل الاولى اصلا في الثانية كما فعله المصنف وغيره ثم حسن انه لا يلتبس ذلك في الدين الا ان المساهمة فيما اخذ نصيبه على ما هم اذ ذا نبيّن كما ذكرت هذه الصورة ايضا في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك **قوله** فله حق المشاركة قال بعض الفضلاء والظاهر استعمال لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى **اقول** بل الحق اقحام لفظ الحق لان الضمير في وله عائد الى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا الى احد الشريكين في كل شيء وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلو لم يذكر لفظ الحق ههنا عسى يتوهم ان يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد والثمرة فاقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم **قوله** ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه قال الشراح

والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ماذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة
لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فيتبع الغريم لما للشريك التاويل لدما ... ثم ماوقع ... ثم ...

قال المصنف هذا الاستدراك جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير اذن الآخر اقول نعم كذلك لكن يرد عليه انه وان تم جوابا عن ذلك السؤال الا انه مناف لما تقرر آنفا من ان للساكت حق المشاركة في المقبوض لانه لما قال في تعليله لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه عوضا عن حقه فيملكه وانا قال وقد قبضه بدلا عن حقه ... ان ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما انه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور ان يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتأمل ثم ان هذا مخالف لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وان شاء اخذ نصف الثوب في جواب مسئلة الكتاب بان قال لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع الا ان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته واخذه النصف دلالة على اجازة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن لم شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين انتهى فان الظاهر منه ان يكون ما قبضه احد الشريكين في الدين بدلا من حقهما معا لا من حق القابض فقط **قوله** والاستيفاء بالمقاصة بينه وبين الدين هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال ثبت انه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف يقولون لا سبيل لشريكه على الثوب في البيع فاجاب بان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه بعد العقد لا تنافي ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا تتعين في العقود كذا في حاشية الشريف قال صاحب النهاية بعد ذلك فان قيل في هذا الجواب ورد سؤال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض لا يصح وفي المقاصة هنا ... الزم قسمة الدين قبل القبض قلنا قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز قصدا اما ضمنا فجائز وههنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسئلة الاولى في ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف رحمه الله عنه واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لازمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى اقول في تحرير صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم تتحقق المقاصة لكان الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع ايضا بناء على الاشتراك فيما اضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا يتوهم القسمة قبل القبض اصلا ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم اقول لا احتياج عندي ههنا الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور اصلا لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له ان يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لا سبيل لاحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى ان يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة واما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لانا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد ان وقعت سواء كانت قصدية او ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف لصحتها لزم ان لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة ايضا فلزم ان لا يضمنه ربع الدين وقد تقرر ان له ان يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح ان لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه **قوله** وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ماذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشارك اقول فيه كلام وهو انه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة

ولو وقعت المقاصة بدين كان له عليه من قبل لم يرجع عليه شريكه لانه قاضٍ بنصيبه لا مقتضٍ ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض
ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض
وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين
شريكين فصالح احدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه

للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى لحمران هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المرهون عليه ان قال الاصل هنا ان الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض احدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لانا لو جعلناه من نصيب احدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو ان القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتاتى فيما في الذمة ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما في يد الآخر وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من النصيبين جميعا فكان للشريك ان يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله ان لا يشاركه لئلا ينقلب ما له عليه فانه ضامن باطل اجل
فيه نظر لانه يستلزم ان ما ثبت له حق المشاركة اصلا بل يتعين له عدم المشاركة هذا ظاهر لمن له ادنى بصيرة **قوله** ولو وقعت المقاصة بدين كان من قبل لم يرجع عليه
الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض اقول فيه شيء وهو انه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وهو لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما في
في صورة البيع اللهم الا ان يجعل نفس المقاصة نوع عقد او شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها ايضا **قوله** ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة
الدين قبل القبض قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر باتصاف احدهما بالحلول والآخر
بالتاخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا تمييز لبعضه عن بعض والقائل ان يقول بتاخير البعض هل تميز احد النصيبين
عن الآخر اولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا تمييز لبعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان تاخير البعض
عنه يستلزم التمييز بذكرنا توجيهه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز احد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فقد جوزوا ابراء احدهما عن نصيبه وذكر الابراء
يوجب التمييز بكون بعضه خلوا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود فلا قسمة انتهى
هنا كلامه اقول في الجواب الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة الابراء بموجب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ما ذكر
في الجواب الاول بان ذكر ما يوجب التمييز متحقق في صورة الابراء ايضا فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التاخير لاستلزمها في صورة
الابراء ايضا واما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فامر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد
من النصيبين قابلا للتمييز عن الآخر وتمييز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير كيف ولو امكن القسمة
في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم يتصور حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير بقي اصل النقض على حاله فتدبر
قوله وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال في النهاية ومعراج الدراية قيل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطاء يرجع ولكن ذكر في الايضاح
مطلقا فقال ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى وقال في النهاية بعد ما ذكر فيهما
دار على قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا للشيء انتهى ورد بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما يجيء اقول مناسا قطعا لان العاقلة انما لا تعقل الا ثلثة
يجب بالصلح وهو الذي يجيء في كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد واما مراد صاحب العناية ههنا لان الارش قد يلزم العاقلة بجناية
الخطاء ثم يصالح عنه على مال اعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضيا للشيء اذ الارش
لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فاين ما اراده مما اورده ذلك الراد ثم اقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية اما اولا فلان القاتل يدخل مع العاقلة
عندنا فيكون فيما يؤدي كاحدهم على ما يجيء في كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا للشيء اذ قد كان مقتضيا القدر الذي لزمه ان يؤديه مع العاقلة واما ثانيا فلانه

ولانه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر [illegible] السلم فيصالحه [illegible]
[illegible]
[illegible] **فصل** في التخارج [illegible]
[illegible] **قال** [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] **قال** [illegible]
[illegible]

ما ذكره انه ينبغي اطلاق الجناية لا التقييد بالعمد فان الصالح اذا لم يكن مقتضيا لشيء لزمه ان لا يرجع شريكه عليه كما في الصلح عن جناية العمد فلا خصوصية بجنايات

قوله ولانه لو جاز في نصيبها خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبها لا بد من اجازة الآخر يعني انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة واللازم باطل وان كان الثاني فهو بدون اجازة الآخر فتنا ولا ينفذ نصيبه اقول فيه نظر اما اولا فلان في الدليل تعويض ببيع سائر الديون فانه جائز فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل ابي يوسف رح واما ثانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا يجوز اذا كانت قصدا اما اذا كانت ضمنا فيجوز كما صرح به وقد مر قبيل هذا الشق الاول هو اللازم المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن تصحيح الصلح فلا محذور في اللازم **قوله** ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه فذلك فيؤدي الى عود ما سقط بعد سقوطه وقال صاحب العناية اعترض ابن شرح تاج الشريعة فاعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في المقبوض رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين فكانه يؤدي من جنس الحق لا بسقوطه بل تقاصا حيث لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها فما في السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود من غير تجديد سبب انتهى كلامه اقول للمعترض ان يعود ويقول هذا المعنى موجود ايضا فيما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يمشي فيه لان الاقالة فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب ان المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الاقالة في العين بناء على جواز تفرد احدهما بالرفع في العين كما فهم من تعليل [illegible] بخلاف شراء العين فههنا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها انتهى

فصل في التخارج التفاعل من الخروج ومعناه ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم وانما اخره لقلة وقوعه اذ قلما يرضى احد ان يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه او لوقوعه بعد الحيوة **قوله** وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال في غاية البيان والاصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن في الاصل في اول كتاب الصلح عن ابي يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وقال محمد رح ايضا حدثنا ابو يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنه قال تخارج اهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على مائة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وقد اثبت شمس الائمة السرخسي وعلاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لفظ الكافي كما في غير تغيير الا ان شمس الائمة السرخسي قال وهي تماضر طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على ربع الثمن وكانت له اربع نسوة واولاد فصالحوها عن جزء من اثنين وثلثين جزأ من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزأ واخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا وقد ذكر [illegible] ولم يفسر انها دراهم او دنانير وذكر ثلثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر ان عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار الى هنا لفظ غاية البيان وهذا البسط ما ذكر في جملة الشروح هنا غيره وذكر في سائر الشروح انه ذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار

قوله واذا كانت التركة فضة فاعطوها ذهبا او غير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا اما اذا كان ما اعطوه اقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه يبقى الزيادة على المثل من جنسه وكذا من غير جنسه خالية عن

في الوجهين بخلاف الشقاق ... ولا وسمان يترقبوا الصلح مقدار نصيبه ويصالحوا او المال الذي لتحملهم حالت فيه نفسه من العرض

وكذلك اذا كان ما اعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانتفاء الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في
هاتين الصورتين للزوم الربوا ولا يصح تجويزه بطريق الابراء عن الباقي ايضا لان التركة عين والابراء عن الاعيان باطل كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب اقول اعلم صحة تجويز ذلك بطريق
الابراء عن الباقي منظور فيه عندي لان الابراء عن نفس الاعيان وان كان باطلا الا ان البراءة عن دعوى الاعيان صحيحة كما مر جوابه وقد مر في الكتاب
فلم لا يصح تجويز الصلح هنا الاقل والشق فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما امكن فان قلت قدم في الكتاب
ان من ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسألة فاذا لم يصح الصلح هناك فكيف
يصح ههنا قلت قد مر ايضا في الشروح هناك ان ما ذكر جواب ظاهر الرواية واما في غير ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان ايضا
اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية في تلك المسألة حتى قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن
الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح واما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فبين ما ذكرنا وما
بين النظر كما لا يخفى وقال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح على مثل نصيبه من الدراهم وعلى اقل من نصيبه من الدراهم في حالة التصادق واما حالة المناكرة فالصلح
جائز لان حالة المناكرة المعطي يعطي المال لقطع المنازعة وليفدي به يمينه فلا يتمكن الربوا كذا في الذخيرة والتتمة ونقل عنها في النهاية ومعراج الدراية قال
الامام جلال الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من نصيبها من العين في حالة التصادق
اما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه استقاطا ثم قال الامام الاسبيجابي والصحيح انه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في
حق المدعي فيدخل فيه معنى الربوا من الوجه الذي قلنا انتهى وكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر الدين قاضيخان في فتاواه قال الحاكم الشهيد
انما يبطل الصلح عن اقل من حصتها من مال الربوا في حالة التصادق اما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان في حالة الانكار ما يأخذ لا يكون
بدلا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه اقول في الوجه الذي ذكره فاضيخان اشكال لان عدم كون المأخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم واما عدم
كون ذلك بدلا في حق الآخذ فممنوع فان قلت انما لا يكون المأخوذ بدلا في حق الآخذ ايضا لامكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على اخذه عين
الحق في قدر المأخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين باقل من جنسه قلت الكلام في الصلح عن اعيان التركة والابراء عن الاعيان باطل
على ما مر جوابه فلو امكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على اخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لامكن تصحيحه في حالة التصادق ايضا بذلك الطريق لعدم
الفارق بين الحالتين في ذلك اعني قطعا وقد اجمعوا على عدم امكان تصحيحه اصلا في حالة التصادق نعم يتمشى لنا الكلام في هذا المقام بانه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح
في الحالتين معا بحمله على البراءة عن دعوى الباقي من اعيان التركة لا عن نفس تلك الاعيان فان الباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل **قوله**

وفي الوجهين ضرب شبهة الربوا لعدم رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح اما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع
على الغرماء وفي الوجه الثاني للزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء وبعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا
هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى اقول قد يكون التبرع في نفس المال بان يعطي على ان
لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون في النقد والتعجيل بان يعطي في الحال مع عدم وجوب اعطائه حالا عليه وهذا لا ينافي ان يأخذ عينه او بدله في الآجل
فلما كان تحمل المسئلة في الوجه الثاني ... التبرع من صورتي التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادر ... انوثه في الوجهين

ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم تتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي رح في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

معا لعدم رجوعهم على الغرماء وحمله اكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها واما حمل الضرر في الصورة الاولى فضرر والضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم او لانه عند التبرع ناش من الغفول عن الصورة الثانية من التبرع واختار صدر الشريعة حمل معنى الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمل عليه اكثر شراح هذا الكتاب حيث قال الثانية ان بقية الورثة يؤدون الى المصالح نصيبه نقدا ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه قاطبة وسائر المتفقهين كصاحب الكافي والذخيرة حيث قال الحيلة الاولى ان يشترطوا ان يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن اعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة فان قيل اذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق ليس للغرماء اداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة ان حصة المصالح لا تصير لهم فقوله لان حصته تصير لهم يحتج اليه الا فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد في الطنبور نغمة حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع وقال في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس يعكس اقول فيه ايضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا ينجبر بمجرد ان لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه لسائر الورثة امر وهمي من جهة تأديته الى سهولة اداء الغرماء حصص بقية الورثة فاين هذا من ذاك فالحق ما ذكره صاحب الهداية **قوله** ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا بين هذا في كثير من الشروح بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا اقول فيه خلل لان نصيبه من ذلك اذا كان اقل من بدل الصلح لا يلزم الربوا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح ويكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب فيما اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة من انه لا بد ان يكون المعطى اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا فالحق في البيان هنا ان يقال بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اكثر ولقد اصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربوا بقوله لانه يجوز ان يكون في التركة كيلي او وزني وبدل الصلح مثل لا يجوز نصيب المصالح من ذلك او اقل لان ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربوا انتهى فانه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون فكان صاحب الكافي ايضا تنبه لما ذكرنا من الخلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال ان يكون في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربوا انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية ولكن لا وجه ان يرد عليه قيدا او اكثر بما بيننا عليه آنفا لان فيه توسيع دائرة احتمال الربوا كما لا يخفى **قوله** وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذه او اقل فنفيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا السؤال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر او اقل فيه بحث اقول لعل مراده بالبحث انه على تقدير ان يكون نصيبه اقل مما اخذه لا يلزم الربوا فما وجه ذكره في اثناء بيان احتمال الربوا لكنه ساقط هاهنا لان مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر فيلزم الربوا او اقل فلا يلزم انما تم

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لا

الربا الا انه على كل تقدير يلزم الربوا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد الا يرى الى قولهم لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس فانه الاحتمال المحتمل جانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربوا فضلا عن شبهة الشبهة تامل تفقه ثم اعلم ان صاحب الاصلاح والايضاح لما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال والقائل ان يقول حق الجواب التفصيل بان يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه لا احتياج ههنا الى ما ذكره من التفصيل اصلا اذ الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على استقلال احدهما قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة الى آخره وآخرهما قوله في اول الفصل واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا واما ثانيا فلان التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على اطلاقه فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما اعطوه اكثر قدرا من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا وكذا اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير ايضا يجوز الصلح قطعا كما مر ايضا مستوفا واما ثالثا فلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعتبر فيها كون اعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل او موزون اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فما هي منحصر في الشق الثالث منه وهو ان لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتبرة تامة

كتاب المضاربة

قد مر وجه المناسبة في اول كتاب الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني الذين يسافرون في الارض للتجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الآخر كما سياتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وهي في الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا اقول فيه قصور اذ الظاهر ان المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك او معه وركنها الايجاب والقبول بالفاظ تدل عليها مثل ان يقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا على كذا او يقول المضارب قبلت او ما يؤدي هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر في اثناء المسائل قال في العناية وهي نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد لفواته وفاسدة يفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سياتي ذكره كذلك انتهى اقول فيه قصور لان الشروط الفاسدة ايضا نوعان نوع يفسد العقد ايضا ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا في النهاية وسياتي التصريح به في الكتاب ايضا وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما اشير اليه في المبسوط والذخيرة والتتمة وغيرها على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح اقول فيه خلل اما اولا فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعتبرات حتى المتون الا يرى الى ما قال في الوقاية وهي ايداع اولا وتوكيل عند عمله وشركة ان ربح واما ثانيا فلانه ا ... داع

لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله [illegible] فلا حاجة [illegible] المال شيء عن مصروف فيه [illegible]
استحقاقه [illegible] مصلحة [illegible] والذي [illegible] بعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس [illegible]
[illegible] بالمضاربة [illegible] في يده لانه قبضه بأمر المالك لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه [illegible]
فيه فكان بمنزلة المعاملة فاذا [illegible] استوجب العامل الاجر منه [illegible] كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال واذا
شرط [illegible] الشركة ان [illegible] والشركة في الربح وهو يستحق المال من الجانبين [illegible] ويجب الاجر [illegible]
[illegible] قال [illegible] الذي [illegible] وقد تقدم بيانه من قبل [illegible] فصار [illegible] مضاربة [illegible] الاضافة [illegible]
من [illegible] وكذا قال [illegible] على [illegible] مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اقبض الدين الذي في ذمتك حيث لا يصح مضاربة

من بيان تلك وهو حكم لها ايضا ثبت بها اولا على الاصح في رواية الكتب قال في الكافي والكفاية حكمها انواع ابداع ووكالة وشركة واجارة وغصب اقول فيه
ايضا فعل لان في الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كما سيأتي فكلا الامرين اتصل به بعد
فسادها فكيف يصح ان يجعل الاجارة والغصب حكما من احكامها وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت بعد فسادها لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان
لم يصلحا ان يجعلا حكما للمضاربة الصحيحة الا انهما يصلحان ان يجعلا حكما للمضاربة الفاسدة فمراد من جعلهما في احكام المضاربة يريد باحكامها احكام مطلق المضاربة
كانت او فاسدة لانا نقول لا شك ان ما ذكر في صدر هذا من كونها وشرطها ونحوها انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير فكذا احكامها ايضا لا بد ان يكون كذلك
ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة ايضا في الاحكام فالغصب ليس من احكام المضاربة الفاسدة ايضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع
بل في الكتاب ايضا فيما سيجيء ان يكون للعامل اجر مثل عمله لا شك ان ليس للغاصب اجر قط لكونه متعديا فظهر ان جعل الغصب من احكام المضاربة في شيء
قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئا انتهى
اقول ليس هذا بشيء لان الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه وعمله وظيفة السبب مجرد الافضاء والافضاء الى المسبب في الجملة
لا التأثير فيه انما التأثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك كله في الاصول فتخلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور ههنا
قوله ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة قال صاحب النهاية في بيان
التعليل اي لان عقد المضاربة يشتمل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منها يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب ان يكون المشتمل عليهما وهو عقد
المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل ايضا لئلا يخالف الكل الجزء انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالواو بدل او
بالاي اقول فيه بحث اما اولا فلان المضاربة بالمعنى المقصود لم تصر اجارة بل اراد كما صرح به وكما مر في الكتاب انفا والمدعي ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة
والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الاجارة بل الاجارة انما هي فيما اذا فسدت فلا معنى لذكرها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة واما ثانيا فلان لزوم عدم مخالفة الكل
الجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام الا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول فرد لا زوج والثاني زوج
لا فرد الى غير ذلك من المخالفات المبنية على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة ايضا متحققة قطعا في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق
الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال ومنها ان الاجير يستحق الاجرة ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك
واما ثالثا فلان الوكالة والاجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة اما الوكالة فلانهم اتفقوا على انها حكم من احكام المضاربة ولا شك ان حكم الشيء خارج عنه مترتب
عليه لا ركن داخل فيه واما الاجارة فلانها ايضا حكم من احكامها على ما ذكره البعض وشيء مناف لصحتها مضاد لها على ما يقتضيه التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين
لا تصلح الجزئية منها فحديث الجزئية في تمشية التعليل المذكور مما لا وجه له ولم ار احدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في تمشية ذلك تقريره حيث كان
حيث قال لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما اضافها الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز لانه وكالة او وديعة
او اجارة وليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان في المستقبل انتهى نعم فيه ايضا شيء مما مر وهو ان المضاربة انما تصير اجارة بعد فسادها لا في
صحتها فلا معنى لذكر الاجارة في تعليل صحتها في الصورة المذكورة اللهم الا ان يكون ذكرها فيه على سبيل المبالغة كانه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع
الى زمان في المستقبل لا في حال صحته ولا بعد فساده فتأمل ثم اقول لقي لي بحث قوي في هذا المقام وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ايداع ابتداء وتوكيل

لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح توكيله على ما مر في البيوع وصح ما يليه لكن يقع الملك في المشترى من وقت تصير مضاربة بالعروض قال ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة **قال** فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر فيقطع الشركة في الربح وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لأنه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافا لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة

عند العمل وشركة بعد البيع وقد صرحوا في محله بأن ما لا يصح إضافته إلى زمان في المستقبل نسخة وعدوا منها الشركة فإذا لم تصح إضافة الشركة إلى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الإضافة إلى ذلك وهو الشركة فينبغي أن لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع إذ لا ريب أن ارتفاع منع ما لا يجدي عند تحقق مانع آخر **قوله** لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وإذا لم يصح هذا التوكيل كان المشترى للمشتري والدين بحاله فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء الأظهر أن يقال إذا لم يصح التوكيل لم يصح المضاربة لأنه متضمن تجويز ستلزم لعدم صحة الكل انتهى أقول قد مر منا أن حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح فإنهم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لأن يكون جزءا منها فلا يفيد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله من المصير إلى ما ذكره صاحبا العناية والنهاية نعم إنهما قالا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا في ترك ذلك هاهنا **قوله** فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله ذهب عامة الشراح إلى أن هذا تفسير للمسألة المتقدمة والفاء في قوله فإن شرط للتفسير وزيادة عشرة أي على ما شرط من كالنصف والثلث فله أي فللعامل أجر مثله أقول فيه نظر لأن هذه المسألة التي هي مسألة الجامع الصغير لا تصلح أن يكون تفسيرا للمسألة المتقدمة التي هي مسألة مختصر القدوري لوجهين أحدهما أن المسألة الأولى أعم من المسألة الثانية لأن اشتراط دراهم مسماة لأحدهما يتمشى في صورة متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما منها أن شرط أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر ومنها أن شرط لأحدهما نصف الربح أو ثلثه إلا عشرة دراهم ومنها أن شرط لأحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة تقطع الشركة في الربح لأنه ربما لا يربح إلا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به وما اشتراط زيادة عشرة فإنما يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الأخص مفسرا للأعم وثانيهما أن حكم المسألة الأولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما وحكم المسألة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يتصور أن يكون أحد المتباينين في الحكم مفسرا للآخر فالحق عندي أن الفاء في قوله فإن شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسألة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لأحد المتعاقدين وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل كأنه قال إذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل إلا أنه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في مسألة الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف رحمه الله أن لا يغير المسألة التي أخذها من الجامع الصغير ومن مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بأن قال بعد تعليل المسألة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة **قوله** وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها فإن قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي لأبي يوسف رحمه الله فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبدا من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد قلت جوابه هو أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد إجارة فيعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وعزاه صاحب النهاية إلى المبسوط أقول مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الأحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف بعد متصلا بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة نعم يمكن إثبات ذلك الحكم بدليل آخر لا إلى اعتباره بالإجارة الصحيحة كما ذكره المصنف رحمه الله فيما بعد بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده لكن الكلام

ولا يعين مستأجرا في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب **قال** ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال

في جعلهم اشتراطه بالمضاربة الصحيحة دليلا مستقلا عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فتأمل ثم إن بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة أقول إنما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة يشتمل على مجموع التوكيل والإجارة معا وأما إذا كان مراده بذلك أن عقد المضاربة يشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الإجارة بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثاني لأنه هو الموافق لما مر جوابه **قوله** ولا يعين مستأجرا في يده وفي بعض النسخ عين مستأجر يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فالضمير كأجير الوحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرا في قول المصنف صفة عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى انتهى أقول فيه أن قولهم سيل مفعم مما بني للمفعول وأسند إلى الفاعل إذ المفعم اسم مفعول من أفعمت الإناء ملأته وقد أسند إلى الفاعل لأن السيل هو المالئ لا المملوء وما نحن فيه فإن رأس المال ليس بفاعل للاستئجار قطعا كما أنه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذاك اللهم إلا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الإسناد المجازي مطلقا لا من قبيل خصوص الإسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما أشار إليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال المستأجر في الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمى العين مستأجرا لعمل المضارب فيه انتهى ثم إن جماعة من الشراح قالوا هذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث إنه أجير لا يمكن له أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لآخر قال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لأجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد انتهى أقول فيه بحث لأنه إن أريد بالعين الواحد في قولهما لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم أن نفسه لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين في الوقت الواحد إن الإجارة إذا كانت عقدا على العمل لا على المنفعة يجوز أن يكون الشخص الواحد مستأجر الأكثر من المستأجرين في وقت واحد كالقصار والراعي العام للعامة ونحوهما من الأجير المشترك لإمكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجر الأكثر من واحد بخلاف أجير الواحد فإن الإجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لآخر في الوقت الواحد على ما تقرر في محله وإن أريد بالعين الواحد في قولهما المذكور رأس المال فمسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في وقت واحد أي أن يكون في يد كل واحد منهما ليعملا به في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الواحد لجريان هذا المعنى في كل أجير مشترك فإن ما يعمل به من الأعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد في محلين متباينين في وقت واحد فلا يتم التقريب **قوله** وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسده ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال في النهاية فإن قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لأن هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا يفسد المضاربة لأنه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك إلا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة فلا يفسد بالشرط الذي لا يمنع موجب العقد أما إذا كان شرطا يمنع موجب العقد يفسد العقد لأن العقد إنما شرع لإثبات موجبه انتهى أقول هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلا لأن كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه يغفل عما هو المقصود في المقام إذ المقصود ههنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط

قال وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب قال ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره قال فإن خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا إذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب وهذا بخلاف ما إذا قال على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد

الفاسد في باب المضاربة فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن قسمي ما الاستثناء فلا يتحقق الانحصار فلا يتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال فإن قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما تقدم فلم تتم القاعدة مطردة فالجواب أنه قال فيجعل ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسد بها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع من تحققه انتهى كلامه أقول مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسدا في نفسه إلا أنه مفسد لمعنى المقام لأن معنى القسم الثاني من الأصل المذكور على ما صرحوا به أن غير ذلك من الشرط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة ونحو ذلك اعترف به صاحب العناية فيما مضى حيث قال أول الباب لما كان من شروطها ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأصل جامع فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح إلى آخره ولا شك أن المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى **قوله** وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة ههنا بأن لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان أقول هذا التفسير منهم خبال لأنها إذا لم تكن مقيدة بزمان ومكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة ولم يكن للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتي وقال بعض الفضلاء من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة أقول فيه أيضا نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه في هذا التفسير أيضا مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالأولى في تفسيرها أن يقال هي الغير المقيدة بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط إذا دفع المال مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وللمضارب أن يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله أن يبيع بها ما هو من عادات التجار انتهى **قوله** ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله قال صاحب العناية ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فإنها أمثال لا يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه أقول الظاهر أن قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة إلى آخره تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن العبد إلى آخره لكنه منظور فيه لأن حاصله إقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الأمانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الإيداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المزبورة على الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله لأن الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية أما المأذون فلأن الإذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الأصلية وأما المكاتب فلأنه صار حرا يدا وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المنفعة **قوله** ورجع المال مضاربة على حاله قال صاحب العناية فإن قيل قوله رجع المال مضاربة يدل على أنها انتقضت وإذا زال العقد لا يعود إلا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والغرض خلافه وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فإنها زالت وإنما عادت حيث ضمنت بنفس الإخراج انتهى أقول قوله إنه على رواية الجامع الصغير لم يزل لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف رحمه الله وغيره فيما سيأتي من أن شرط الشراء في رواية الجامع الصغير

[illegible]

لتقرر الضمان لا لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير ايضا فاتحق في الجواب يكفي بان يقال ان الضمان لما كان بالاخراج زوال ما سوى توفانه فلم يشتر برد المال الى البلد الذي عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى اصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فهذا ان الى ما سلف منها على ما يوقوف على شيء **قوله** لان فيه النسيئة فلا يملك الاول في اصل في غير السوق لانه يصح بالحجر والولاية اليه قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ذكر في الذخيرة انه لو قال بع النسيئة ولا تبع بالنقد او على العكس صح ولكن قلنا مخالفة ما يبيع بالنقد اولى فلا يلتفت الى تقييده بالنسيئة لا يتفاوت فلما انه ما مخالفة الى خير فلا يكون مخالفة فالاشتر درهم وبما لو وكله بان يبيع عبده بالف فباعه بالعين يجوز عندنا خلافا لزفر لانه مخالفة بالخير انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب خبط اما في الاول فلان قوله وعلى العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية واما في الثاني فلان قوله فما مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد ذكر العكس المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما اذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير ايضا وهذا بديهي فالصواب ان يطرح حديث العكس من السؤال كما لا يخفى **قوله**

ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا الى آخره يعني ان معنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا اي بهذه الالفاظ ومقصوده التمييز بين الفاظ التخصيص من الالفاظ وما لا يفيده ذلك منها وجملة ذلك على ما حصلوا ثمانية ستة منها تفيد التخصيص وتعتبر شرطا واثنان منها لا يفيده ويعتبر مشورة والضابط للتمييز بين التخصيص وما لا يفيده هو ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء ويصح مستقلا بانه يجعل متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقا بما قبله لان اقتضاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكره هنا في جملة الشروح والكافي اقول فيه شيء وهو انهم اتفقوا على ان قول رب المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع وتجزمه من تلك الالفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع انه يصح الابتداء تعمل مرفوعا كان او مجزوما كما يصح الابتداء بالفاظين اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فمقتضى الضابطة المذكورة ينبغي ان يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص ايضا فتامل **قوله** لانه اذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة فله ان يعمل بها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة فان قيل لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله ادّ الي الفا وانت حر قلنا لانه غير صالح للحال هنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية وحاشية الشروح اقول ينتقض هذا الجواب بما اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما لا يفيد التخصيص وصرح في النهاية ومعراج الدراية بان قوله تعمل يحتمل اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم ان لا يصلح للحال ايضا وان قالوا انه حال مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين فيقال لم لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فانحسم مادة الاشكال بذلك فالجواب ثم اقول الجواب التام عن اصل السؤال الحاسم لمادة الاشكال ان يقال ان قوله اعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر في العلوم العربية ان الجمل الانشائية لا يجوز ان تقع حالا سواء كانت مع الواو او بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد ان ذكره ايضا بانه لم لا يجوز ان يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يرد على ذا شيئا فهو ايضا غفل عن عدم صلاحية الجمل الانشائية لان تقع حالا ثم ان لبعض الفضلاء هنا كلاما اورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال وحمله حالا مقدرة خلاف الظاهر فلا نه ايضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا **قوله** والمعنى يؤسر قال الشراح وانما قيد بقوله والمعنى

وتسميته ... مستحق راس المال المضاربة ... ولو سمى الجعل ... [illegible]
قيمة الام لان الالف الماخوذ ... الجارية ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]

باب المضارب يضارب

قال اذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]

موسرا لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب هو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار وكان الواجب ان
يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها
بما اوجبه توهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف رح فيما سيأتي بقوله
ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد انتهى
بل الظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور ان يقال انما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة الاعسار فانه اذا لم يجب الضمان عليه في حالة اليسار
فلان لا يجب ذلك عليه في حالة الاعسار اولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فانه يحتمل ان يكون محمولا على حالة الاعسار فقط **قوله** وتسعى في الف وخمسين
وخمسين لان الالف مستحق براس المال وخمسمائة حصة الربح والربح بينهما فلهذا تسعى له في هذا القدر قال في الكافي فان قيل لم لا تجعل الامة راس المال لان جميع الولد ربحا قلنا لان ما يجب على الولد من السعاية في
جنس راس المال والامة ليست من جنس راس المال فكان تعيين البعض من السعاية لراس المال اولى انتهى واقتفى اثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب قال
صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية راس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجب قيمتها على المضارب وهي من
جنس راس المال انتهى اقول نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية راس المال لم تعتق بالاستيلاد لان من شرط كونها ام ولد للمضارب ان يكون المضارب
مالكا لها وعلى تقدير ان تجعل هي راس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير ام ولد للمضارب ولا تعتق فلا يجب قيمتها على المضارب
فلا تتحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية حتى اورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح الكتاب
وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء مقدم لان الولد اصل في الدعوة والحرية والام تبعه وينبغي ان يكون مراد المجيب
هذا انتهى اقول الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما لا يصلح ان يكون جوابا عن اصل السؤال كما اشار اليه المصنف رح بقوله لان الالف الماخوذ لما تعين
براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء تعين ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما انتهى الا انه لا يصلح ان يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان
مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستيفاء بدل الاستيفاء امر مستقل في اقتضاء كون
الالف الماخوذ من الولد راس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له
ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر اصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا
عنه قال قلت الولد ازاحهما فترجح بسبب ظهور الربح من جهته انتهى اقول لا ارى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون راس المال
هو الالف الماخوذ منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته ان يكون الالف الماخوذ منه ايضا من الربح تامل

باب المضارب يضارب لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلو الاولى ابدا فكذا بيان حكمها في النهاية
ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكر فيهما وجه آخر ايضا وهو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد ابدا واختاره صاحب
الغاية والعناية اقول فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا انها مفردة ايضا غير مركبة من المضاربتين قطعا الا يرى
ان الثاني ابدا يتلو الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى
جاز ان يحصل من مجموعهما امر مركب في العقل لكنه ليس بمراد الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب **قوله** ودفعه ابضاع قال بعض الفضلاء فيه بحث
والظاهر ان القول بتوصيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي انتهى اقول ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بانه ابضاع انما هو الدفع لا عقد المضاربة فلا

[illegible]

ينافي الايضاع وفيه لائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما يلائم الايداع قبل العمل والايضاع بعده لا التوكيل لان التوكيل امر بنفس التصرف لاجل الموكل الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى واما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بانه توكيل فانه قال وجه المروي عن ابي حنيفة رح ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وبهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل انتهى ولا يخفى ان المفهوم منه ان المضارب وكيل لا ان الدفع نفسه توكيل ولا كلام في ان المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة واما انه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به احد **قوله** وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة قال في النهاية ومعراج الدراية اي الضمان عليهما في الربح او العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة صحيحة وقال في الغاية وشرح العيني اي وجوب الضمان على الاول او عليهما بالربح (٦٠)
او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة اقول لا يحتمل ان يكون المشار اليه بهذا ههنا وجوب الضمان عليهما اي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه بهنا هو الضمان على الاول متعين لان المذكور في الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يمر من المصنف رح الى الآن شيء يشعر بضمان الثاني ايضا فكيف يصح ان يجعل كلمة هذا ههنا اشارة الى الضمان عليهما وشان اسم الاشارة ان تشار به الى المحسوس المشاهد او ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله ووجوب الضمان على الثاني مما لم يشم رائحته قط الى الآن فضلا من ان يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على ان المصنف رح ههنا بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الاول لرب المال واما ان الثاني هل يضمن ايضا ام لا فيجيئه بعد مفصلا بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني الى آخره فهو ههنا بمعزل عنه **قوله** لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال الحسنة اقول لقائل ان يقول هذا التعليل انما يمشي على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر رح وعند ابي يوسف رح ومحمد رحمه الله لا يتحقق المخالفة بالدفع بل بالعمل وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاهم بالبيان والتعليل ههنا قول ابي حنيفة رح لكونه المذكور في الكتاب ثم قوله لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي ان يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر رح فليتأمل في التوجيه

فصل قوله واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز وهذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في امر التقييد بعبد رب المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان الحكم في عبد المضارب كذلك ايضا ونقل من الذخيرة دالمعنى تفصيلا يدل على ذلك وقال صاحب معراج الدراية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط الاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب او شهادة رب المال له وقيل قيد بعبد رب المال لان فيه خلافا لبعض اصحاب الشافعي رح ولبعض اصحاب احمد رح وفي غيره لا خلاف ووجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه وسلك عليه بعض الفضلاء فيما ذكره قيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب او الاجنبي على ان يكون له الثلث انتهى اقول لا يفهم منه البحث وجه وسند على ذلك المنقول اصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الى آخره يصير بيانا لما قيل وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المنافاة ثم ان محصول ذلك المنقول انه اذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور اصلا كما لا يخفى على الفطن

فصل في العزل والقسمة قال وان مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل

وقال صاحب العناية قوله لعبد رب المال في مقابلة شيئان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك احترازا عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا اشترط ذلك الاجنبي على ان يعمل مع المضارب مع الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شئ انتهى كلامه اقول فيه بحث لانه لا يكاد ان يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي اصلا اي سواء شرط ان يعمل مع المضارب او لم يشترط اما اذا اشترط ذلك فلان حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم واما اذا لم يشترط ذلك فلانه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا كونه اجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على ان يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال الا يرى انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على ان يعمل مع لاخرج الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة ايضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه اصلا وقال صاحب الكفاية التقييد لعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك هنا اشتراط العمل لدفع ما يتوهم ان يد العبد يد المولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه اقول هذا هو الحق عندي وللتنبيه اشار اليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب

فصل في العزل والقسمة اي في عزل المضارب وقسمة الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح **قوله** واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل قال في العناية اخذا من النهاية ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعدما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع به مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعدما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما كان المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم جاء مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سياتي انتهى كلامه يريد بالجواب الآتي عن الرد الاول ما ياتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما ياتي في اثناء هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما ياتي في الشروح في المسئلة الآتية المتضمنة من بيان وجه المسئلة الثالثة اقول الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلثة الآتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلث وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلثة المذكورة بل ينادي حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه توكيل بانه لو كان توكيلا لما خالف حكمه التوكيل في المسائل الثلث المزبورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتاكد الرد والاشكال فان قلت المراد بما في الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام ودون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في الوجوه الثلثة المذكورة قلت فحينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انها توكيل في بعض الاحكام التي من جملتها ما نحن فيه قلنا فحينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا اصلا لصيرورته اخفى من المدعى ولا اقل من

ولو ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة **قال** وان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينض بالبيع **قال** ولا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لا يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

ان تصير مثل المدعي في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل **قوله** وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه او بعده وكان عقد المضاربة على ما كان اما قبل القضاء بلحاقه فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعد القضاء فلمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة وعزاه جماعة منهم الى المبسوط اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لو مات حقيقة بطلت المضاربة فهذا كما في المسئلة المتقدمة اتفاقا فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة اللهم الا ان يقيد قولهم كما لو مات حقيقة بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب واما ثانيا فلانه ان كانت علة لبقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاقه هي مكان حق المضارب كان ينبغي ان يبقى على حاله فيما اذا لم يعد ايضا بهذه العلة فليتأمل ثم اقول الذي يظهر من تعليل المصنف ههنا هذه المسئلة وما ذكر في بعض المعتبرات ان لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاقه اما المفهوم ذلك من تعليل المصنف هذه المسئلة فلانه قال في تعليلها لان اللحوق بمنزلة الموت عندنا الا يرى انه يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى ان المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا بما هو بمنزلة الموت واما المفهوم مما ذكر في بعض المعتبرات فلانه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع المضارب او اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي حنيفة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق ردته بالعدم في جميع احكام المضاربة وصار كانه لم يرتد اصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة امواله ميراثا لورثته فان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة انتهى ولا يخفى ان المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد ان يحكم بلحاقه بدار الحرب فيحق على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل ان يحكم بلحاقه على الرواية التي لم يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته فان الظاهر من اطلاق قوله مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة الخ بعد ان تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وان عاد مسلما وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل او مات او لحق بدار الحرب فان القاضي يجبر البيع والشرى على المضارب والربح لورثته رأس المال في قياس قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح هو على المضاربة بالرواية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت او بالقضاء باللحوق ولم يرتفع الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فيبطل حكمها انتهى ولا يخفى ان الظاهر من هذا ايضا انه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق **قوله** ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في معنى كلام المصنف ههنا احتمالان احدهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها اي هي غير باطلة وثانيهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رحمه الله فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها اي لا يتوقف تصرفه عند ابي حنيفة رح ايضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا فقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت احدهما ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لان له عبارة صحيحة انتهى واقتفى اثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية ايضا حيث اضيف فيها الموت المبطل الى احدهما مطلقا واللحاق المبطل الى المالك فقط فدلت على ان لحاق المضارب لا تبطل بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه اقول ذلك المعنى ليس بصحيح عندي اذ قد تقرر في باب احكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام ولقد افصح عنه المصنف رح في هذا الفصل ايضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى

وعلى هذا موت رب المال والمال عروض وعنهما قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح
كالاجرة له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد
من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان
باجرة عادة قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب
لانه امين وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له
فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من رأس ماله واذا استوفى رأس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان
على المضارب لما بينا فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

انه لقسم بالدين ورثته انتهى فاذا كان كذلك فاني يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب حال بعد ان لحق بدار الحرب مرتدا على ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب
بدار الحرب وقضي بلحاقه مصرح به في المعتبرات قال في البدائع وان مات المضارب او قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا
اذا لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه انتهى فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف رح كما يرشد اليه قوله
في تعليله ولا توقف في ملك رب المال اذ لا ريب ان هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند ابي حنيفة رح اذا كان هو المرتد والتوقف في ملكه
عنده انما يكون قبل اللحاق لا بعده فلا بد ان يكون المراد ههنا ايضا ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول في التعليل ويشير اليه زيادة الشراح فيه
قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا اذ لا شك ان زيادة هذا القيد للاشارة الى تحقق الخلاف بين ائمتنا
فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد اللحوق وانما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح ولا يتوقف عندهما بل ينفذ
فلا بد ان يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق ليظهر فائدة زيادة ذلك القيد تدبر قوله
وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها وفي بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكلمة هذا في قوله وعلى هذا
اشارة الى قوله لا يمنعه العزل من ذلك يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي اذا كان المال عروضا بل يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدي في
تلك الصورة لان عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم ابطال حق المضارب لا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع الى العروض
ونحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير او على القلب هذا ما ذهب اليه اكثر الشراح وهو المختار عندي واما صاحب غاية البيان فقال
واراد بقوله ونحوها اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب وقتل او مات مرتدا ثم باع المضارب العرض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير في نحوها على هذا يرجع
الى موت رب المال على تاويل المنية فينبغي ان يقال برفع الواو اقول فيه نظر لانه مع ابتنائه على تاويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى اما على النسخة
الثانية فظاهر لان ما هو نحو الموت انما هو اللحوق بدار الحرب مرتدا وقد ذكر ذلك صريحا في تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت
واما على النسخة الاولى فلانه قد ادرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال واراد بقوله ونحوها اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب وقتل او مات
فيلزم ان يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز ان يرجع الى بيع العروض بان يعطى للمضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث
كما في قوله كما شرقت صدر القناة من الدم فعلى هذا يقال بجر الواو اقول هذا ايضا مع كونه تعسفا من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى لانه يوهم ان يجوز للمضارب
بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز ان يرجع الى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض
كما اذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير او على العكس لانها نحو العروض في ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال انتهى كلامه اقول الآن حصحص الحق والعجب انه
جعل ابعد الاحتمالات مع كونها اقربها لفظا ومعنى قوله وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به قال بعض الفضلاء
هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتامل انتهى اقول هذا النقض مدفوع بان المراد ان المتبرع الغير اللازم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان
يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد النقض به وبعبارة اخرى ان المراد ان المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على
ما عرف ايضا في محله فلا انتقاض ولئن سلم اطلاق الكلام ههنا فهو مجري على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر
في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه اذ القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتامل

[illegible]

فصل فيما يفعله المضارب قال في غاية البيان وكان القياس ان لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي ان يذكر المسائل المذكورة فيه في اول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكره ثمة انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان ما ذكره في تعليله الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكره ثمة لا يجدي شيئا في دفع ما ذكره اولا لان زيادة الافادة انما تقتضي ان لا يقتصر على ما ذكر في اول الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمة ولا يقتضي ان يذكر بعضها ثمة وبعضها هنا في فصل على حدة فبقي مقتضى القياس الذي ذكره في اول كلامه على حاله معبرا وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة انتهى اقول لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك لكن فيه شيء آخر يجب عليه وهو ان قوله وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة ينافي الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب لان الاعادة تقتضي الذكر مرة اولى وقد قال ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب وجل ذلك ان المراد بالاعادة اعادة جنس افعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكر هنا واعادة جنسها انما تقتضي ذكر جنسها مرة اولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تأمل **قوله** لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الى آخره اقول فيه شيء وهو ان التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى اذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة في المدعى كما ترى **قوله** فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة قال صاحب العناية وكلام المصنف رح يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى اقول الظاهر في بيان ايهام كلام المصنف رح اختصاص الابضاع ببعض المال ان يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فان منشأ الايهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز ان يراد بكلمة من البيان لا التبعيض الا يرى انه لو قال فان دفع ما اخذه مضاربة من مال المضاربة الى رب المال بضاعة تعين البيان ولا يتوهم الايهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما اذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فانه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة واما صاحب الكافي فلما راى لفظ المصنف رح موهما للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة او شيئا منه الى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى **قوله** وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رح رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم يعتبر مبضعا فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح فان الظاهر منه ان علة فساد المضاربة عند زفر رح هي كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه ان المضارب لو صرح بالتوكيل لصح المضاربة عنده ايضا في هذه المسئلة وليس كذلك لان الظاهر من المشروح ان علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا فيه بناء على ان المرء لا يصلح وكيلا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ولقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان المرء عامل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى **قوله** فان كان معه فاشترى بها ثيابا وقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع قال صاحب

فصل قال وان كان معه الف بالنصف [illegible]

[illegible]

وانما ذكر ما بعد بما مر تمهيدا لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ اقول هذا الكلام منه ليس بشيء لان المراد ان هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصيتها
كذلك قطعا وان اراد انها مرت في ضمن الاصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية ايضا مرت بهذا
المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تمهيدا للثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل الفصل بهما
خارجة من احد انواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منها على ما زعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصها
كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجها تحت اصل كلي بما عرفت وتفريع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواضع قوله وان صار
شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به غاصبا فيجب ان يضمن
كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضاربة فصار شريكا فلم يكن
غاصبا فلا يضمن وقال وبهذا اندفع ما قال المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون فان كان ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن يضمن المضارب
كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك انتهى كلامه اقول في آخر كلامه خلل
لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه غير ماذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قيل فرعا لكونه غير ماذون فتعليل
اندفاع ذلك بتبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير ماذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الى آخره لان عدم وقوعه على المضاربة
انما جعل فيما قيل فرعا لكونه ماذونا فاذا اختار كونه غير ماذون كان مستدركا عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان الفعل المضارب ههنا
وهو صبغها احمر جهتين مختلفين اولهما خلط مال المضاربة بمال نفسه وثانيهما الاستدانة على المالك وان المضارب ماذون بهذا الفعل وغير ماذون باعتبار تينك
الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا اوله الذي اشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك
التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام في نفسه اذ لا يمكن وجه يقتضي ان يكون الفعل المضارب بجهة الاستدانة على المالك على ان الامرين
المذكورين متضادين لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما ماذونا في فعله هذا وغير ماذون ثم اقول الصواب عندي في دفع ما قيل ان ما
اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون الى آخره ان نختار كونه ماذونا به بقوله اعمل برأيك ونمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذ الاذن المذكور ليس بمقصود
على ان يتعرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يعم التعرف في مال المضاربة منفردا او منضما الى غيره فالحاجة في التمييز كخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره وهو الثاني
في بيان النوع الثاني من الاصل الماز ذكره وقد اشار اليه المصنف ههنا بقوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه
فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة اخر ذكرها قوله بخلاف
الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب
يعني ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب بان جعله وكيلا لا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر امينا قال صاحب العناية
في هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد وقد تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يعتبر اجتماعهما وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة
ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ثم قال ويمكن ان يجاب عنه بان مقصوده معرفة دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا فثابت برفع الضرر فانه لو لم يكن
مستوفيا بالقبض حق الموكل فاذا رجع عليه بالف اخرى اصلا فاذا ههنا فلحق رب المال لا يضيع لانه يلحق براس المال لا يستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء [illegible]

فصل في الاختلاف قال واذا كان مع المضارب الفا درهم فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح
يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة
في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط
وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات **قال** ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف
وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال
المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب

فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان قوله بخلاف
لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان في صورة
توكل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن ان يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله ان السبب في صورة
توكل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا واما ثانيا فلان قوله واما كونه مستوفيا فقد ثبت
بدفع الضرر عن الموكل ليس بتام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير ان يرجع عليه الوكيل بالف اخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل
اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه فلا محذور شرعا في تحمل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان
مع كونه امينا الا يرى ان الوديعة اذا هلكت في يد المودع من غير تعد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع انه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب واما ثالثا فلان قوله
واما ههنا فحق رب المال الى قوله فاخترنا اهون الامرين منتقض فيما اذا هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ شيء من كل المال حتى يلحق الهالك فيستوفيه رب المال من
الربح والظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الى المالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد اخرى جار في هذه الصورة ايضا بناء على الدليل المذكور
في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحبوبي ثلثة اوجه في الفرق بين المضارب والوكيل منها ما ذكر في الكتاب الثاني انا لو لم نحمل فعل
الوكيل على الاستيفاء لابطلنا حق الموكل اصلا لانه اذا رجع عليه بالف اخرى ضاع ذلك اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يتحقق
براس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار اهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة
فلا يرجع على الموكل بعده واما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى اقول في كل واحد من تلك الاوجه الثلثة
نظر اما في الاول فلما عرفته انفا واما في الثاني والثالث فلان كل واحد منهما يقتضي ان لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة اولى ايضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه
قبل الشراء مع انهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة اما اقتضاء الثاني ذلك فلان ابطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة الاولى ايضا
لعلة مذكورة واما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الوكالة
بالانعزال ولو كان في مرة اولى والعناية على الوجه الثاني ما اوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره فتامل تقف ثم اقول الحق عندي في الفرق
بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه ان يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل
حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعده لم يكن له ان يرجع على الموكل
ولهذا لم يرجع عليه اصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الا مرة فيما اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وامانة في يده وقد نبه الشراح
وقد اشار اليه المصنف رح بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعله مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده
فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء كما مر

فصل في الاختلاف اي في الاختلاف بين رب المال والمضارب اخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قوله ولو قال
المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب قال صاحب العناية وسماه مضاربا مع انه اتفق على عدمه لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه ثم
وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة اقول تسمية احد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال ان يكون مضاربا في الاول مما لا يقبله نظر سليم

لان المضارب يدعي عليه التمليك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل
فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال
لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم
حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

جدا والاقرب عندي انه سماه مضاربا للمشاكلة بما ذكر في جواب هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك وقول الشاعر قالوا اقترح
شيئا نجد لك طبخه قلت اطبخوا لي جبة وقميصا اه قوله لان المضارب يدعي عليه التمليك وهو ينكر حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف رح يدعي عليه
التملك على تملك الربح حيث قال اي تملك الربح وسلك صاحب العناية ايضا هذه المسئلة حيث قال لانه يدعي عليه تمليك الربح اقول الظاهر ان مراد المصنف رح
بالتملك ههنا تملك الاصل المال اذ دعوى الاستقراض دعوى تملك اصل المال واما تملك الربح فانما تابع لتملك اصل المال في هذه الدعوى فحمل التملك ههنا
على تملك الربح لا يخلو عن قبح اما اولا فلما اشرنا اليه من ان الاصل في دعوى تملك اصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وحمل التملك في الدليل على تملك
الربح يوهم خلاف الاصل واما ثانيا فلان دعوى تملك الربح قد ينفك عن دعوى تملك اصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعي هناك استحقاق الربح دون
استحقاق اصل المال فادعى مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح واما تمليك الربح
كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته ايضا اشكال فيظهر ذلك كله بالتامل الصادق وتتبع قواعد الفقه واقوال الائمة قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى
نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة قال صاحب النهاية ورب المال ايضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليحصل حقه اليه بل بينة رب المال اقوى بالقبول
لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتامل في صحته وان
كانت رواية الايضاح تساعده ايضا انتهى كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف رح لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بان
البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمه نفي الضمان فاقام المصنف رح اللازم
مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة فهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى ههنا كلامه اقول جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس
بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا المخالفة لان رب المال فانه يدعي الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب
والصواب في الجواب عنه ان يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لا لانه ليس يدعي شيئا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته
كما تقرر فيما مر آنفا وكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف رح وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا
الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف رح ههنا فتدبر قوله ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى اقول
لقائل ان يقول هذا مناقض لما ذكره آنفا من ان البينة بينة المضارب لجواز ان يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن التطبيق بان يحمل ما ذكره
اولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد ان ذكر قول المصنف رح ولو وقتت البينتان الى آخره وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقتت
احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال اقول يرد عليه ان هذا ينافي ما ذكره المصنف رح من ان البينة بينة المضارب اذ لا يمكن ان يحمل هذا على التوقيت
ذاك على عدم التوقيت كما ترى ولقد احسن صاحب النهاية في اسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف رح ولو وقتت البينتان الى آخره شيئا من المسائل
التي زاد عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ولقد قال بعدما استشكل قول المصنف رح فيما قبل والبينة بينة المضارب الى آخره واما صاحب الذخيرة
رحمه الله وشكر مساعيه فجعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم في دعويهما الخصوص واحدا وذكر في الذخيرة مفصلا تلك المسائل
المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف رح ولو وقتت البينتان الى آخره فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبا الى صاحب الذخيرة
فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف رح لاعترافه بان ما ذكره المصنف رح ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم **قال** وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم اقوى واعلى مما ليس بلازم فتحقق في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيها اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من اشرف الخصال عقلا وشرعا قال عليه الصلوة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة اقامة المملوك مقام الملوك والخيانة اقامة الملوك مقام المملوك ثم الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات اي عن تركهم اياها وقال شمر زعمت النحوية ان العرب اماتوا مصدر يدع والنبي عليه السلام افصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لانها شيء يترك عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين انتهى اقول فيه مسامحة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك بل هي في اللغة بمعنى المتروكة وانما الذي بمعنى الترك هو الودع فالصحيح قوله وتفسيرها لغة الترك الا بتاويل بعيد لا يساعده لفظه ان يراد بذلك انها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال اقول الظاهر ان الوديعة في الشريعة ايضا هي المال المودع الذي يترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال وانما التسليط على حفظ المال هو الايداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى حيث فسرا الايداع بالتسليط المذكور دون الوديعة وقالا والمال مودع ووديعة واقول فيما ذكر في الكافي والكفاية ايضا شيء لان محصول ذلك ان معنى الايداع لغة اعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول ايضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال اودعته مالا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة ايضا لما اطبق ارباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان اللائق بهم ان يقولوا يقال اودعته شيئا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب من صاحبي الكافي والكفاية انهما بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال قالا ايضا يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدا به شيء يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما ان يتركا ذلك **قوله** الوديعة امانة في يد المودع الى آخره قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن شيء واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر اذ لا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الا على طريق التفسير كقولك الليث اسد والحبس منع ومراد المصنف رحمه الله ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف كذا نقل عن الامام بدر الدين الكردري الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد

ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا

بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه اقول يرد على الجواب المزبور والفرق المذكوران التقرير المسفور يقتضي ان يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة اصلا وكذا جعل حكم الاولى ان يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى ان لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وحمل احد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعا فلا يتم التقريب قال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم منه لانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لا انها اعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين انتهى اقول قد كان لاح لي ما ذكره من حيث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ انه لا يصح قول المصنف ثم الوديعة امانة في يد المودع اذ التسليط على الحفظ امر معنوي لا يمكن ان يكون في يد المودع ولكن يمكن ان يحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بان يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي ذلك ان تكون الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا عن ظاهر لفظ الامانة لابد من المسير اليه تصحيحا لكلمات ثقات الناظرين في هذا المقام فان ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم الا يرى انه قال في النهاية والكفاية فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشيء امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد الى غير ذلك من عبارات المشائخ بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة اعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به في اواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا في دار انسان وايضا يرد ما ذكره المصنف رحمه الله هناك من ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز ان يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وقد بحث عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه الى الامام بدر الدين الكردري كما مر قال والاولى من الجواب فيه ان يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قولنا هو امانة عنده اي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ الامانة يستصحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيه واراد بالوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول وكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا انتهى اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة في الكتاب يعني غير مضمون لما احتيج الى ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن لانقطع بقبح ان يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلكت لم يضمن لكون الثاني مستدركا وقد رد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال نقلا عنه قلت فيه ان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعري اي علم هذا من اقسام الاعلام انتهى كلامه اقول دفع هذا سهل لان لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من اعلام الاجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من اعلام الاجناس التي ذكروها في كتب النحو وبينوا وجه لها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول بوضع واحد غيره من العين بما حشو ذلك في محالها لا اشتباه عليه الامر فيما نحن فيه **قوله** ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به اقول فيه شيء وهو ان قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكون مدار جواز دفع الوديعة الى عياله رضى المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى من في عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله فالاولى ان يترك قوله فكان المالك راضيا به ويقال بدله فامتناع الحفظ بعياله يقتضي سد باب الوديعة وتعطيل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي

[illegible]

قوله فان دفعها الى غيرهم او دعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة اقول فيه ايضا نظر لانه لا يجوز التعليل ايضا لانه لا يضمن ايضا اذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لان يدهم كيده نفسه فالاظهر ان يقال لان المالك رضي بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسئلة فان دفعها لغيرهم واودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي حيث قال لان الايدي تختلف في الامانة فلا يكون راضيا بيدهم رضي بيد غيرهم قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها قال بعض الفضلاء فيه تامل قال المعلول هنا جواز الشركة والعلة ما كان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة انتهى اقول هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعا ولا شك انه لا يجب على الشريكين في شيء قسمة ذلك الشيء بل يجوز ان يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة ابدا فاما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح ان يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة فان المعلول ههنا عندهما جواز الشركة قبل ان تعلق مشيئة المودع بالشركة ونفس الشركة بعد ان تعلق مشيئته بها وكلاهما كانا موجبان جواز القسمة تامل قوله وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح الى آخره قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا كان الطريق امنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك الا انه وسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله انتهى اقول هذا تحرير مختل وحل فاسد لانه ان كان مقول القول في قالوا مجموع ما ذكره بان كان قوله اذا كان الطريق امنا شرطا وما بعده جزاء فسد المعنى جدا اذ يلزم حينئذ ان يكون ما كان الطريق مخوفا قسما مما كان امنا فيلزم ان يكون ضد الشيء قسما منه وهو باطل قطعا وان كان مقول ذلك قوله اذا كان الطريق امنا فقط بان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق امنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان امنا وله بد من السفر الى آخره تفصيلا لحكم كون الطريق امنا في المسافرة بالوديعة فيستغني الكلام ايضا لانه ان اراد بقوله اذا كان الطريق امنا في قوله قالوا اذا كان الطريق امنا ما هو اعم مما كان له بد من السفر وما لم يكن له بد منه كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان اراد بذلك ما هو مقيد بان لم يكن له بد من السفر مع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل الا انه اذا سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك التقييد كما ترى مع ان الحكم وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ ويدل عليه قطعا قول المصنف رح فيما بعد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن احد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة ان كان الطريق امنا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكروا ذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفا او ان عين المالك المصر للحفظ فيه والعمدة في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق امنا اما اذا كان مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصي فان لم يكن له بد من السفر ان يسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه تمكنه ان يتركها في اهله كذا في الجامع الصغير لقاضي خان انتهى وتحرير صاحبي الكفاية ومعراج الدراية حيث قالا هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق فان عين الحفظ في المصر فسافر ان كان سفرا له منه بد ضمن وان كان سفرا لا بد له منه فان امكنه الحفظ مع السفر بان

وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد
بالمذكور في الجامع لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له
ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين
ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها

ان يترك واحدا منهم عيال المودع في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن انتهى وكان صاحب العناية لم يفرق بين المقامين فخلط الكلام وافسد معنى المقام

قوله وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد موضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري هو من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى اقول فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسئلة في القسم حتى يدل بوضعه على ان موضع الخلاف هو المكيل والموزون وقوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشيء اذ لا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا بطريق الحصر كيف ولو افاد ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل اصلا فيقتضي قوله وهو موزون ان الموزون الذي هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال في معراج الدراية قال ابو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك ان رواية كتاب الوديعة انه نهى الامام المودع بالدفع فكان يجوز ان يقول قائل لو كان القاضي لا يامر المودع بالدفع فله ان ياخذه ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان ياخذه زالت هذه الشبهة وفائدة اخرى ان رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض ان يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلثة اقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا فيجعل تبعا للاكثر فلا ياخذه من المودع فاما نصيب الحاضر من الاثنين فلا يكون مستهلكا ولا تابعا فله اخذه فتبين برواية الجامع ان كليهما سواء انتهى اقول في الفائدة الاخرى نظر لان وضع المسئلة في رواية الجامع الصغير ان ليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عند ابي حنيفة رح وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الاخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الوديعة لان نصيب الحاضر فيها ليس باقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم ان يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا ان يكون بناء تلك الفائدة على قول ابي يوسف رح ومحمد رح في هذه المسئلة دون قول ابي حنيفة رح فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تامل تفهم **قوله** بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد ان شرح هذا المقام اولا كذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان المديون مامور بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من ان يقضي بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنه فكان مامورا به وبالجملة ليس كل ما يجب على الانسان لانسان دفع عين ما اخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي بقضاء حقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها ومثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كلام المصنف رح لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان الديون تقضى بامثالها اذ كون قضاء الديون بامثالها لا يناسبه ولا يدل عليه ان الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون هذا مما لا اشتباه فيه واما ثانيا فلان ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مامورا بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اذا حمل على المديون على تقدير نفسه دون ما ذكرنا في سقوطه لانتقال ومعنى من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها ومثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

[illegible]

قال ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الآخر وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا له أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر وإن ضمن الآخر رجع على الأول [illegible]

[illegible]

قال وإن كان في يد رجل ألف [illegible]

[illegible]

انتهى وهذا حق ما توجيه كما ترى والمدفع ما اوضحناه من قبل **قوله** لان يأخذه اي قول الخصم في هذه المسئلة كذا وجه الامام على ما مر وقد تعسف فيه الشارح
حيث قال في الضمير في قوله يرجع الى القائل المعهود في الذهن اي قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى ولا يخفى ما فيه واما سائر الشراح فلم يتعرض احد منهم لتوجيه
افراد الضمير **قوله** ههنا فلما ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع الى آخره جواب عن قول الامام لان يأخذه وتقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع
على الدفع او يجبر ليس من هذا الجواز اي كما في ما لم يكن عنده كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره وظفر غريمه اي الغريم المودع كان له ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع
ان يدفع اليه كذا في العناية وغيرها اقول هنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان جواب المسئلة فيها فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه
وهو دال على عدم جواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله والجواب المذكور في الكتاب يشعر بجواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع
في غيبة الآخر عند ابي حنيفة رح ايضا وان لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده كجواز اخذ غريم المودع بالكسر وديعة عند انسان اذا ظفر به من المودع بالفتح
وان لم يكن للمودع ان يدفعه اليه اذ الظاهر ان المراد بالجواب المزبور تجويز اخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون ان يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند ابي حنيفة
لما احتيج في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له ان يأخذه الى التشبث بحديث ان ليس من ضرورات جواز الاخذ ان يجبر المودع على الدفع بل لما افاده ذلك
الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ ايضا فالجواب المزبور انما يتمشى على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى
عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم ان صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر بالدفع اليه لو كان
المال في ايدي الشريكين كان لواحد منهما ان يأخذ نصيبه بغير رضى الآخر فكذلك هنا له ان يأخذ نصيبه من المودع وقال في شرح الجواب عنه والجواب عن
قولهما لو كان في ايديهما كان ان يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك ان يأخذ نصيبه من المودع الا ترى ان الغريم اذا اخذ من مال غريمه جنس حقه
جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز ان يأخذ حقه من مودع الغريم اذا اخذ من الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره
فلغريمه ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه الى ههنا كلامه وكان للشارح اقول فعلى هذا الاستخراج تمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى
على من له دربة باساليب الكلام ان تقرير المصنف رح لا يساعده وذلك جدا تدبر **قوله** وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة اي على سبيل الانفراد دون
الاجتماع لاستحالة ان يكون الالف الواحد مودعا مع اثنين بكماله كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهذا حق عندي في معنى هذا المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها
الصدق بالكلية اصلا واما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه بان يودعه احدهما فيشتري المودع
سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه ايضا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ما ذكر في اصل المسئلة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها
اياه يدل على ان كل واحد منهما ادعى انها ملكه في الحال اودعها اياه ولا شك ان العين الواحد لا يتصور ان يكون ملكا للاثنين بكماله في حالة واحدة ولا ان يكون
مودعا من اثنين بكماله في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال ملك احدهما الالف عن يده وزال ملكه عنها ايضا باشتراء
سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل ان يصدقا معا في دعواهما المزبورة **قوله** ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير
الحقين لان كل واحد منهما يدعي الالف اقول يرد عليه ان كل واحد منهما انما يدعي الالف تعمينا وهو ما في يد المدعى عليه كما صرح به في وضع المسئلة والنقود تتعين في
الودائع على ما تقرر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسئلة في التبيين فمن اين يدل هذا على تغاير الحقين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر

[illegible]

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة [illegible]

[illegible]

حيث قال والظاهر ان لصاحب الحق المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه السلام لك يمينه انتهى اقول ليس هذا بسديد ههنا لان ما يستحق كل من المدعيين [illegible] تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب ههنا بل تحصيل تحليفه لهما معا وانما الذي يقتضي تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد ان يكون لكل واحد منهما حق في يمينه على الانفراد وانما لو ادعيا [illegible] شيئا واحدا مشتركا بينهما [illegible] كان لكل واحد منهما حق في يمينه قطعا مع انه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد والاظهر في تعليل ان يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال انما يحلف لكل واحد منهما بالانفراد لان كل واحد منهما ادعاه بالانفراد انتهى تدبر **قوله** اما النكول انما هو حجة عند القضاء فجاز ان يوجد ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء وقال صاحب العناية في بيان وجه القضاء بان يقضي بالالف للاول او للثاني او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما انتهى اقول لا صحة لقوله او للثاني اذ لا احتمال للقضاء بالالف للثاني بعد نكوله في اليمين للاول والكلام فيه فالمحتمل ههنا وجهان لا غير والعجب انه قال في التعليل لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما وهذا قطعي في ان المحتمل ههنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو ان [illegible] الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بان يقضي بالالف لهما او لاحدهما فتوهم الشارح المزبور ان مرادهم او لاحدهما ايهما كان الاول او الثاني فوقع فيما وقع مع ان مرادهم باحدهما المعين وهو الاول

كتاب العارية

قد مر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في اول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشريعة اما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعارة مثل العارية انتهى وقال المطرزي في المغرب العارية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة واخذها من العار العيب او العري خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكر في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشر وفي القاموس [illegible] المغرب وقد يخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها واما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي رح هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسياتي دليل الطرفين في الكتاب **قوله** ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك الى آخره اقول فيه بحث من وجهين احدهما ان للخصم ان يمنع كون العارية من العرية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح او من العارة كما ذكر في المغرب او من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الائمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التمليك وثانيهما ان للخصم ان يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على كونها بمعنى التمليك دون الاباحة لجواز ان يكون لفظ التمليك هناك مستعارا لمعنى الاباحة لعلاقة لزوم الاباحة للتمليك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظ الاباحة ان لفظ الاباحة استعيرت للتمليك على ما ياتي في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من اوجه الاول ان هذا استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شرط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه اصول الفقه والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان الى هنا كلامه اقول كل واحد من الوجوه بحثه ساقط اما الاول فلان ما ذكر ليس باستدلال على نفس تعريف الشيء الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم بمعنى الذي

والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم ولا تكون مضارة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو بالانتفاع وعند ذلك لا جهالة والتي منع [illegible]
ولا يعمل المانع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما ندركه ان شاء الله تعالى

يقصد والمعرف كون يقال هذا التعريف هو الصحيح او هو الحق ولا شك ان مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه
بان الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما تورد على الاحكام الضمنية بان هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات
التي هي من التصورات ولا ريب ان امر الاستدلال هنا ايضا كذلك واما الثاني فلان المصنف رح لم يقصد اثبات كون مفهوم العارية موضوعا في عرف الشرع
لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه انه قياس في الموضوعات بل اراد اثبات قبول المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد بذلك
دفع توهم الخصم ان المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشراح المذكورة ولا يخفى ان قبول الاعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنقل الى
جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول المنافع لهما ايضا واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرها من كل الوجوه
فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في اصول الفقه وان اراد
انها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو القبول لنوعي التمليك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة وهي في الاعيان والمنافع مشتركان في
: والعلة كما افصح عنه قول المصنف رح الجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه
لبيان المناسبة لا استدلال على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهى اقول وفيه بحث من اوجه الاول ان هذا التعريف ان كان
لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر في محله ان مال التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بان هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف
التعريف الحقيقي اذ لا حكم فيه بل هو تصوير ونقش فلا معنى لقوله فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلال على ذلك والثاني انه
قد تقرر في موضعه ايضا ان التعريف الرسمي الذي بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك ان اللوازم البينة لا تحتاج الى البيان فلا وجه
لقوله وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث ان الظاهر ان ضمير عنها في قوله ويمكن ان يجاب عنها راجع الى الاوجه الثلاثة ان ما ذكره
في الجواب على تقدير تمامه انما يكون جوابا عن الوجه الاول من تلك الاوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية
وعرفنا بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه
لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقي البحث الثالث قطعا فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك واما ثانيا فلان قول المصنف رح هي تمليك المنافع بغير عوض مما
لا يحمل عليها بالمواطأة ينافي ظاهرا كون المذكور في الكتاب حكم العارية اذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا
واما ثالثا فلان توجيهه هذا ينافي ما ذكره في اول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع
بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي رح انتهى فان توجيهه هذا يقتضي ان يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في
تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك اما من الاول فمسلم واما من الاخيرين فلا انتهى اقول سلامته من الثاني ايضا ظاهر اذ على تقدير
ان يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناها غير عالم بتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليل المذكور انه قياس في الموضوعات وهو غير
صحيح قوله والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يكون ضائرة جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المفضية الى
النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقرير هذا المحل انما صحت العارية مع جهالة المدة
ولم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة

(قال) وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة
لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا (قال) واخدمتك هذا العبد لان الاذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان
معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره (قال) وللمعير ان
يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به
القبض فيصح الرجوع عنه (قال) والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق
والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه اقول فيه نوع خلل لان قوله وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بان عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التمليك اصلا مع جهالة المدة فيلزم ان لا يتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التمليك لان مقصوده الاستدلال على ان العارية هي الاباحة دون التمليك لا على انها غير صحيحة مع الجهالة فالاولى في العبارة ان يقول وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان كانت هي التمليك لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة الى آخره تامل **قوله** وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه اي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم ان الآخر حقيقة الى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه تامل فان تخصيص الاول بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك فلا يحسم مادة الاشكال انتهى اقول هذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف في موضعه واراد المصنف رح بالصريح ههنا الحقيقة فقط بالقرينة ما ذكره في مقابلته كما بينه صاحب العناية فان اراد ذلك البعض ان تخصيص الاول بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك اي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الاصول فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على انه اراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان اراد ان تخصيص الاول بذلك يوهم ان الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا اشكال فيه حتى لا تحسم مادته **قوله** ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة الى آخره قال صاحب الكافي كان ينبغي ان يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل وقال ويمكن ان يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيئان بهما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى اقول مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيئين اللذين ذكرهما دون الاول وبين التاويل ههنا وفي قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شيء واحد لا محالة فلا ينافي الجواب لا يقال يجوز ان يكون مراده بيان الواقع لا رد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان جدا يابى عنه قطعا ذكره بلفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب **قوله** ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان جواب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا انتهى كلامه اقول حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا كان على الاشارة الى كون الاذن ضروريا واقتفى اثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندي انه اشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندي بوجهين احدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيقتضي كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير المعنى على التقدير ان يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضروريا ولكون الاذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء واما على تقدير ان يكون اشارة الى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبضه لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك ان الامر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الاذن سؤال مقدر لا عمدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان ما هو العمدة في الاستدلال احق بان يفيد

ومالك المنفعة لا يخرج عن الالتزام الضمان عليه بتمليك لما تقدم بغير عوض لو كانت اجارة والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه وكان الاذن ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قصد به الا انه لم يقع تعديا واما وجب الرد مؤنة كنفقة للمستعار لما فيه من المستعير لا بعض القبض المقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلنا فان تجربه ضمن حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على احد لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على الموجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

المقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي اخرج حديث كون الاذن ضروريا عن تقرير هذين النوعين قوله ولنا ان اللفظ الاتي يحتمل ايجاب الضمان لانه تمليك المنافع بغير عوض او لا يحتملها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني ان الضمان اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شئ من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض اما بالتمليك على اختلاف القولين وما وضع لتمليك لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند الهلاك واما القبض وانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشئ ينفي الضمان فكيف يضاف اليه انتهى كلامه اقول لا يذهب عليك ان احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال احد اصلا ولهذا لم يتعرض له المصنف ولم يذكر ذلك قط في اثناء تقرير حجتنا في هذه المسئلة قد يح الشارح المذكور اياه في احتمالات ايجاب الضمان ونسبته ذلك الى المصنف بقوله يعني خروج عن سنن الصواب قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا جواب عن قول الشافعي رح والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يثبت الا لضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها اقول للخصم ان يقول اذا لم يكن القبض ايضا الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقيدة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا واما اذا هلكت في غيرها فينبغي ان يجب الضمان لكونه هلاكا فيما وراء الضرورة فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي رح والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع الى القول بالموجب وقد افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن لقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع فيما قلنا ان الحاجة والضرورة الى حفظ الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع ايضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملكه غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه دائما انما للبس في اطراف النهار وانما ينتفع به ساعة ويمسك اخرى ولو انتفع بالعارية دائما لفسد كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع ايضا مأذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه واشير الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية ايضا فتدبر قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه جواب عن قول الشافعي رح وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان انتهى كلامه اقول لا يخفى على ذي فطنة ان تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في صار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشئ بنفسه وهو باطل يمكن توجيهه بعناية وهي ان يحمل الباقي قوله لان المأخوذ بالعقد على الملابسة في قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بملابسة العقد اي ما كان متعلقا بالعقد بان كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته انتهى ثم اقول لا حاجة في حل كلام المصنف هنا الى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل احدهما ان يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد بناء على ان يكون الاخذ من اخذ فيه بمعنى شرع فيه لا من اخذه وثانيهما ان يكون معناه لان الاخذ في العقد اي المأخوذ لاجل العقد له حكم العقد على ان تكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي

قال وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رحمه الله ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه

للمشتري فيه وقوله عليه السلام ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صح به في صحيح البخاري فالاخذ حينئذ من الاخذ بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية اخذا من غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد ان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروجه عن ملكه مجانا انتهى **اقول** لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه ههنا اصلا اذ لا يقتضي ان يكون للاخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد بل يقتضي عدمه تحققا او حقيقة بكون الحكم لنفس العقد لا الاخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقد ههنا ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لانه وان كان في جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطراري دفعا حقه من يد المشتري فاذا اوجب الضمان عليه خرج ماله الذي اداه من ملكه مجانا اي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم المحذور لاحد المتعاقدين في العقد وترك الشيء عن الاخر **قوله** وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكر الشارح الامام التمرتاشي **اقول** في اكثر هذه الامثلة اشكال اما في مثال الحمل فلانه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا انه مخالف لما يجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه حكمهما عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتبرات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت ومن ظاهر التنافي صاحب الكافي في المقامين فانه قال ههنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل فما لم يتبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى واما في مثال الزراعة فلانه سيأتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور بانه لا يصح عقد الاجارة في استئجار الاراضي للزراعة حتى يسمي ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما تختلف باختلاف المستعمل ومن هنا اشار الامام الزيلعي الى ان الزراعة مما تختلف باختلاف المستعمل فيما يتعين فيه بالتسمية وعد منها الزراعة حيث قال كالحمل والركوب والزراعة واما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيرهما ولهذا لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى ايضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويمكن ان يجاب عنه بان الاضرار بالبناء اثر الحدادة والقصارة لا اثر السكنى لان مجرد السكنى لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف انهدام البناء الى الحدادة والقصارة كما بينه صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في امر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه **قوله** والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا في العناية وغيرها **اقول** فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في دليله وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف رحمه الله ههنا جوابا عنه اللهم الا ان يقال ان الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشيء لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشيء وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا يندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة وقال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف رحمه الله ههنا وقد مر الكلام فيه **اقول** لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى

وهذا لان الاصل ان الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء واي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه ليس له ان يتعداه ولو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب **قال** وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة

بحثه الثالث من ابحاث الثلاثة التي اوردها في صدر كتاب العارية ودفعنا كلها هناك لكنه ايضا ليس بتام هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتام لان من شرط القياس كون الفرع نظير الاصل والمنافع ليست من نظير الاعيان ولا شك ان المقيس هو المقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الاصل تفصيلا **قوله** وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة قال عامة الشراح اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة اقول فيه اشكال لان المذكور في الكتاب جواز للمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فمعناه ان للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون ان اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بان ينتفع به المستعير بنفسه اما اذا صدرت الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية الاعارة مطلقا اي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل او مما لا يختلف به وهذا مما اطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف رحمه نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب او يركب غيره وان كان الركوب مختلفا انتهى فقول المصنف رحمه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير ان يريد بكلمة هذا الاشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يتم ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له ان يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على ما تقتضيه ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه والعجب من عامة الشراح انهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رحمه بما ذكروه ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال سمعا ... ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في شرح قول المصنف رحمه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان للمستعير ان ينتفع بالعارية ما شاء اذا اطلقت العارية انتهى اقول هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله مما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح ان يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رحمه ههنا ولا يشار بها الاشارة الا الى المحسوس المشاهد او الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه وكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى والانصاف ان المصنف رحمه لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي بسطه بان يقول والاعارة على اربعة اوجه لكان احرى ولقد احسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال اولا وله ان يعير وذكر خلاف الشافعي رحمه وبين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما ان حصلت الاعارة مطلقة في حق المنتفع بان اعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس او دابة للركوب ولم يبين الراكب او دابة للحمل ولم يبين الحامل وفي هذا الوجه له ان يعير سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت الاعارة مقيدة بان اعار ليلبس هو بنفسه او ليركب هو بنفسه او ليحمل هو بنفسه فله ان يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به كما في الحمل وليس له ان يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير واما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على اربعة اوجه فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الاربعة **قوله** الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او الى خير منه كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة اخرى او حمل عليها قفيزا من شعير هذا في الاستحسان وفي القياس يضمن لانه خالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ما ذكروا في وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع ان ما ذكروا في وجه الاستحسان جار هناك ايضا بعينه فينبغي ان ينفذ بيعه ايضا فتامل **قوله** او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه

اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى
يتقلده قال ولو استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس فيها جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح
الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع
قبل الوقت صار ضامنا لما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره
القدوري في مختصره وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه
ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب الاصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها
لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين

اقول يرد على هذا التعليل خالياً عن التحصيل لان حقيقة الاعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا في صدر كتاب العارية بان من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف في عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بانها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم يتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الاشياء فلا تأثير فيها اصلا لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا لاقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون التعليل هنا في كتاب العارية ان الغرض منه ان يجعل لفظ الاعارة في مسئلتنا هذه مجازا او كناية عن معنى الاقراض لكن كلا منهما في صلاحيته لذلك لا يكون علة اصل المسئلة كما هو الظاهر من اسلوب التحرير فعليك بالتأمل الصادق قوله واما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا لا يكون له الا المنفعة المسماة اقول لقائل ان يقول المفهوم من الكلام امكان الانتفاع بمثل الدراهم ونحوها باعتبار ذلك ايضا فكيف يتم ما ذكر سابقا من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن ان يجاب بان المذكور سابقا بناء على الاكثر الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب واما عند تعيين الجهة فيظهر ان المقصود تمليك المنفعة مع بقاء العين على نكتة فيحمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف رح لا تساعد التوجيه الذي ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله فلا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء امكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالاقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية **قوله** وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع قال صاحب الغاية اي نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز ان تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين انتهى كلامه وتبعه الشارح العيني اقول لا نظير وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس المضمون بل هو سبب النقصان وانما المضمون قيمة البناء المنتقصة بالقلع ويمنع ايضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه فالوجه عندي ههنا رفع البناء والغرس لا غير اما على تقدير كون ما مصدرية فواضح واما على تقدير كونها موصولة فبتقدير الضمير الراجع اليها على ان يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته بيانه اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بثمانية انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكرا معنى هذا المقام مثاله على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير انهما قالا في قولهما يرجع بثمانية دنانير فكان لبعض العلماء اخذ مما قالا رخصة فاورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو ان القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي ان يرجع بها كما لا يخفى انتهى اقول لعل صاحب العناية اراد بقيمة النقض في قوله يكون قيمة النقض دينارين نقصان القيمة على طريق القلب ولا يخفى انه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين ثمانية دنانير فيرجع بها قطعا واما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكانهما ارادا بقيمة النقض معنى قيمة الناقص اي اذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين ثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير وبهذا يظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح واندفع ما اورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى واجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقض من اضافة الموصوف الى الصفة اي القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة

علاقة الموت لانه ليس في نفسه مدة معلومة يعلم بها [illegible] قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة
[illegible] على المؤجر لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر [illegible]
[illegible] قال واجرة رد العين المستأجرة على المؤجر [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] قال [illegible]
[illegible]
[illegible] قال [illegible]
[illegible]

وللااضافة الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور التحاجي لتقرري حاجة لمتون النحو وشك ان الموصوف لا يضاف الى صفته ولا الصفة الى م
واما جوز ذلك مذهب سخيف كوفي فلا ينبغي ان يصار اليه في توجيه كلام الثقات على ان النقص فيما نحن فيه لا يصلح ان يكون صفة للقيمة الا بعد ا
مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا النعت بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك الفاضل ان يتشبث بذلك المذهب السخيف ميّا
في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقص من ا
الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك اقول لقائل ان يقول ا
وقت في الغرس الخ ليس له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي ان لا توخذ الارض منه ههنا ايضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب ان المراد
ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز ان لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت بل بعد مدة سنجانه نفسه او بمانع يمنعه عنه ف
ان يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتاخر عنه بالضرورة فافترقا هذا ما قاله بعض الفضلاء من ارباب [illegible] لصاحب ا
والغرس تعيين وقت [illegible] نهاية معلومة [illegible] ساعات [illegible] فليس [illegible] العين لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز ان يسكن صاحب البناء في البناء سنة ثم ينقض ال
السقف او يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المتفاوتة في الغرض مثل تلك البناء وقلع مثل تلك الشجر ولم توخذ الارض منه الى
تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس اصلا ومما يؤيده ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه
المستعير مغتر غير مغرور حيث قالا فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت الاعارة له توق
قلنا البناء قد يبني لمدة قليلة بان يسكن سنة ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة انتهى كلامهما تامل ح
قوله لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده قال صاحب النهاية فان قيل كما
المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستاجر ايضا وهي الانتفاع بمنافع العين المستاجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما ما حصل للمس
منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر اولى الى هذا اشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير
قالوا وفي المستاجر لم منفعة عائدة الى الآجر لانه يتوصل به الى ملك الاجر اكثر ما فيه ان لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر اقوى لانه مالك للعين و
المستاجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد اقتفى صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة لان منفعة
للاجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه متبوعا اولى من المنفعة انتهى اقول في الجواب نظر اذ الظاهر ان مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة ا
عين هو الاجرة كما صرح به في الكافي والاجرة لا يلزم ان تكون عينا البتة اذ قد صرحوا في كتاب الاجارات بان الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد تكون منفعة من
خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بان منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب قوله وفي القياس يضمن لانه ما رده الى مالكه فيضمنه
قال صاحب العناية في تحرير هذا المقام وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد وصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم الى
لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه قد ارتضى باليد
الى عياله لما اودعها اياه انتهى كلامه اقول هذا تحرير مختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الى آخر كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه
فلا ينبغي ان يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى ولعله لم يذكره احد سواه ههنا بل انما ذكروه في محل غيبا سيأتي كما ترى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت

كتاب الهبة

قد مر وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذوي النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال انك انت العزيز الوهاب وفيها كفى لمحاسنها ثم ان الهبة في اللغة اصلها من الوهب بتسكين الهاء وتحريكها وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف اوائلها وتعوض في اواخرها التاء ومعناها ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه سواء كان مالا او غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره واما في الشريعة فهي تمليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون اقول يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم ار احدا من شراح هذا الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا الايراد مع ظهور وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الى الجواب عنه حيث قال في متنه هي تمليك عين بلا عوض وقال في شرحها اي بلا شرط عوض لا ان عدم العوض شرط فيه لئلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر انتهى كلامه اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر في العلوم العقلية من ان بلا شرط شيء اعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف الهبة صادقا على البيع ايضا كما لا يخفى فيلزم ان ينتقض طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد ثم اقول يمكن الجواب عن اصل النقض بانه يجوز ان يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالمعنى ان الهبة هي تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا انها ليست بشرط الاكتساب الا يرى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا اخرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم اقول بقي في التعريف المزبور شيء وهو انه يصدق على الوصية بالمال فانها ايضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو زادوا قيد في الحال فقالوا هي تمليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فان الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال **قوله** وتصح بالايجاب والقبول الى آخره قال صاحب العناية اي تصح بالايجاب وحده في حق الواهب وبالايجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الايمان في قوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر في يمينه بخلاف البيع انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المسائل وسبقه صاحب غاية البيان على هذا السؤال ايضا وعزاه الى الحصر والمختلف وبنى صاحب الغاية ايضا كلامه ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع انتهى والشارح العيني ايضا اقتفى اثرهم ولا در بالجملة اكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده اقول هذا الذي ذكروه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف رح في مسائل متفرقة من كتاب الايمان فانه قال هناك ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر رح فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل انتهى الا انه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام لان قوله اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بمنزلة التصريح في ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود ويشهد به ايضا قوله والقبض لا بد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع

ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين

[illegible]

فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض يقال ما القبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا سترة به عند من له ذوق صحيح ثم ان صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية قد كانا ههنا في جانبين من هذا الكلام بان ركن الهبة هو الايجاب والقبول ولا يخفى ان ذلك التصريح منهما ينافي القول منهما ههنا بان الهبة تتم بالايجاب وحده اذ لا شك ان الشيء لا يتم ببعض اركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه ثم اعلم ان صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب والقبول لانه فعل الغير انتهى كلامهما اقول هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف رح ههنا الا انه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وايضا يرد عليه ان التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي ان يحنث ايضا فيما لو حلف ان لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدور له في كل عقد هو الايجاب لا القبول مع انه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به والحاصل ان كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان واما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة ركنها الايجاب والقبول وهذا لانه عقد والعقد هو الايجاب والقبول الى هنا كلامه وفي البدائع اما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر رح وفي قول قال القبض ايضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر رح لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض وجه قول ظاهر الرواية انه اذا حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فيامر فلم يقبل بانه لا يحنث الى هنا كلامه **قوله** ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروح ورد بان التبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم او صلاة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية اخذا من النهاية اقول فيه كلام اما اولا فلان قوله فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرها مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سياتي واما ثانيا فلانه اذا جاز له الرجوع قبل التسليم وبعده فلم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فمن اين يجب الزام التسليم فليتامل في الدفع **قوله** ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول والمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو الملكية توقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وصرح في المبسوط واشار اليه في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا ادري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب بالتمام انتهى اقول لعل المانع عنه امران احدهما ان المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء ان يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما اذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة فان كلا منهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يعطى احدهما حكم الآخر [illegible]

وهو قول الشافعي رحمه الله لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

منزلة الآخر وقيامه مقامه بخلاف ما اذا كان في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فانه يجوز حينئذ ان يأخذ احدهما حكم الآخر فيكون بمنزلته وعن هذا
قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع اخذ حكم القبول في البيع وثانيهما ان الشرع ان لم يجعله من الايجاب التام الا بالقبول
في الهبة كما اوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه ايضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشيء
فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزيلعي في التبيين وذكر في الذخيرة ايضا فلا يصح ان يقال ان القبض في الهبة بمنزلة
القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قبله اذ لا يصح عقد البيع اصلا بدون تحقق
القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف رح ولنا ان القبض الى آخره حيث قال وكان ينبغي ان يقول وجه
الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا انتهى وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقل ذلك
لما كان القياس وهو قول الشافعي رح وجه الاستحسان قولنا ناسب ان يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعي انتهى اقول ان تحقق خصم يأخذ بالقياس
في هذه المسألة لا يجوز ان يقال ولنا دليلا في وقوع مشايخ في هذه المسألة واما مناسبة هذا القول وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو
المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية مؤاخذة المصنف رح بتفويته المناسبة في تحريره لا نفي الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني
كما لا يخفى واعترض على الدليل المزبور بانه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح امر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس واجيب
بان الايجاب من البائع شطر العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث فاما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو حلف لا يهب فوهب
ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على ادراء المجلس فيصح الامر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وغيرها من
نهاية ومعراج الدراية الى المختلفات اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة
القائلة ان القبض بمنزلة القبول بانه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير الى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين ايجاب
الواهب وايجاب البائع بان الاول عقد تام والثاني شطر العقد وبين هذا الفرق مدار الصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول
بالامر بعد المجلس في امر البيع وخلاصته بيان لمية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدح في قولهم ان القبض
في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرره ذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلانهم صرحوا بان الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لافتقاره ن ايجاب
ايضا الى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده ولا يخفى ان الجواب المذكور لا يتمشى في تلك الصورة لان
الايجاب في البيع الصحيح كالايجاب في البيع الفاسد في كونهما شطر العقد لا تاما فلا يتم الفرق المزبور هناك واورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث
قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب وايضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف رح من انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب
والقبول انتهى اقول كلا وجهي بحثه ساقط اما الاول فلان الملازمة في قوله لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب فمسلم واما بطلان التالي فممنوع
اذ قد ذكر فيما مر آنفا انه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة ايضا فاذا صح عقد الهبة
من غير قبول اصلا فان يصح بالقبول بعد المجلس بامر الواهب اولى كما لا يخفى واما الثاني فلانا قد نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو الايجاب من
الواهب واما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا فمدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف رح

مقصوده منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح **قال** وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام أكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين

على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف رحمه الله نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الايمان بان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعاقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل احدهما على القياس والآخر على الاستحسان **قوله** والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض يعني ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا للمقصود منه اذنا دلالة ونقض هذا الفصل بالبيع فان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول هناك لم يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى ان المشتري لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع ان يسترده ويحبسه حتى ياخذ الثمن واجيب بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمني لا قصدي فلا معتبر به كذا في الشروح اقول لا يرد النقض المذكور راسا اذ لو سلم ان المقصود للبائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فذاك المقصود يحصل بالقبول من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضي لجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر **قوله** بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به اقول لقائل ان يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفا لا من جميع الحيثيات الا ترى ان القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فانه ركن داخل في تمام العقد بعينه واذا كان كذلك فلا يلزم من ان تقييد القبول بالمجلس ان تقييد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس ايضا اذ تقييد القبول بالمجلس من احكام كونه ركنا داخلا في العقد ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بامر البائع ايضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم ان لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن ايضا فالاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان الشيء متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول مقتضى لبقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى **قوله** اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد من الاطعام في الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الطعام ما يطعم عينه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه اقول يمكن الجواب عن هذا النظر بان مراد المصنف ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه بان ذكر ما يطعم عينه وجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على اصل وضعه وهو الاباحة ويرشد الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في اوائل تقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى ان الاصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق بها لان الاطعام جعل الغير طاعما لا جعله مالكا والحق بها التمليك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فاقيم التمليك مقامها انتهى وقال في التلويح واما قوله اطعمتك

بخلاف ما اذا قال منحتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا يطعم فيكون المراد اكل غلتها ولما اتاني فلان من وقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال حملتك على هذه الدابة لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اى ملكه منه

هذا الطعام فاما كان هبة وتمليكا لقرينة الحال لانه لم يجعله طعاما فالواو العطف بطلانه اذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك لا للاباحة انتهى كلامه تامل ترشد ثم انه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الاصل ما اذا قال اطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال اطعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة او عارية انتهى اقول لا يذهب على ذى فطنة ان اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف رح بما ذكر لا يطابقان رواية الاصل لان الظاهر منهما ان يكون قوله اطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح فى ان قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيده بقوله فاقبضه واما اذا لم يقيده بذلك فيحتمل الامرين اى الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه اصلا على رواية الاصل لان التمليك انما يستفاد على تلك الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظة الاطعام فلا ينافى ان يكون الاطعام فى آية الكفارة فى اصل وضعه للاباحة

قوله بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها اقول لقائل ان يقول كون الارض مما لا يطعم عينه انما يقتضى ان لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته ولا يقتضى ان لا يراد به تمليك العين مجازا كما اريد به ذلك اذا اضيف الى ما يطعم عينه فانهم حملوا هناك على تمليك العين مع ان حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما اى آكلا على ما مر فالحق فى الجواب انه وان امكن ان يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا لكن هذا التجويز ليس بمتعارف فى مثل ذلك وانما المتعارف ان يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال كما فى المتعارف فيما اذا اضيف الاطعام الى ما يطعم عينه ان يراد به تمليك العين وكلام العاقل انما يجب حمله على المتعارف ولا على كل ما احتمله اللفظ تدبر **قوله** وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا قال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك واقتفى اثره الشارح العينى وسكت غيرهما عن البيان اقول الظاهر ان قول المصنف رح هذا اشارة الى قريبه وهو قوله فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة فى ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها فى ذيل الثانى بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها اصلا اذ قد سبق ذكر ما اذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذى قال له واما الثانى ولا يرى اثره فرق بينه وبين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا باشتمال هذه الصورة على لفظ عمرى دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام فى قوله لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لاثبات الملك للمعمر لكان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته يقال لما روينا كما هو دأبه عند قصده الاشارة الى السنة قلت كان الشارحين المزبورين اعتبرا ذلك ولكن يمكن التوجيه بجعل ما فى قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه السلام لا عن نفس الحديث وقد اشرنا اليه فى تحرير مراده فتبصر **قوله** واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته يعنى ان الحمل اصرف فى المنفعة فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال فى الكفاية فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الاركاب وقد ذكر فى العارية ان قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقة الاركاب نظرا الى الوضع وهو لتمليك العين فى العرف والاستعمال لكن الحقيقة صارت مهجورة بالعرف فكان هذا فى معنى الاسم المشترك انتهى وذكر صاحب الغاية نحوه وذلك بعبارة اخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم فى العارية من قوله انها لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هناك ان قوله لانها لتمليك العين يعنى فى العرف فاستعماله فى المنافع مجاز عرفى فيكون قوله ههنا ان الحمل هو الاركاب

ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويناه من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال

ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رح تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب

حقيقة يعني في اللغة واستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى اقول فيه اشكال وهو انه تقرر في كتب الاصول انه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند ابي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي اولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي اولى والعمل به واما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا اذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به على ما تقتضي الاصل المذكور يلزم ان يكون العمل عند ابي حنيفة رح بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الاركاب وعندهما بما هو مستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين فينبغي ان يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على اصل ابي حنيفة رح وان يحمل على الهبة وان لم ينو بها على اصلهما مع ان وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير ان يذكر الخلاف في شيء منها فليتامل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التامل فيه حتى يترجح احد معنييه او معانيه بالادلة او الامارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم ينو يحمل على العارية من غير تامل ولا توقف فاين هذا من ذلك قوله ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويناه من قبل يعني انه ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة كذا في الشروح اقول ههنا كلام اما اولا فلان المتبادر من ذكره هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة حملتك وعن تقييدها بعدم ارادة الهبة ان يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية ان قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بهما الهبة وقال في التعليل لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تنافر واما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكر في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم او هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض او هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظ المنحة اذا اضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا اضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتبرات وقوله عليه السلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتامل في التوجيه قوله لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير اذ الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر مختار العامة اقول ليس هذا بصحيح لان قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب بل السكنى الذي دل عليه لفظ تسكنها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فيئول بقول العاقل ان هذا الكلام فعل المخاطب قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية قال صاحب العناية في شرح هذا الكلام وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية بين القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة وكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب وكونه تبرعا يعني لم نعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه اقول تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول انه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا ان يكون قول المصنف رح وهذا لان المشاع الى آخره دليلا على اصل مدعى الشافعي رح وهو قوله تجوز في الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه فكان ينبغي ان يقول المصنف رح ولان المشاع بدل قوله وهذا لان المشاع والثاني انه ارتكب تقدير مقدمات

ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم
لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة

حيث قال فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمه فكان جائزا والباعث على حمله لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه حمل قول المصنف وكونه تبرعا الى آخره على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله ولا مانع ثمه وحمل عندي على مقصوده تقرير من قوله وهو ان الشائع الى آخره اثبات كبرى الدليل السابق وهي التي في الشائع لا اثبات اصل المدعى لفظ هذا اشارة الى مضمون ما تحت الكبرى فالمعنى وهذا اي صحته في الشائع اذ كونه هبة في الشائع لان الشائع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية اما الاول منهما فظاهر جدا واما الثاني فلسقوط الاحتياج حينئذ الى اقدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بادنى التامل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو ان يقال ان هذا لانه عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في الشائع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزاما عليه ما لم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعني ان الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث ايضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر **قوله** ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة يعني ان في تجويز عقد الهبة في المشاع الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة لما عرف من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها كذا في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني اقول في الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل اعني قوله ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجويز هبة الشيء انما هو الزام حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له شيئا يستلزمه حكمها واما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئا من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شيء فاذا لم يكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيئا يستلزمه حكمها فاين يلزم من تجويز هبة المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه ما لم يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذي ذكر في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة لانا نقول لا نسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقا الا يرى ان هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هناك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب ان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لان من اقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضى منه بما يستلزم القسمة وهو الملك هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طالب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على ان له ان يرجع عن هبته ولا يلزمه المؤنة فليتامل انتهى اقول كل واحد من وجهي بحثه وعلاوته ساقط اما الاول فلانه وان علم انه اذا طالب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا ان طلب شريكه اياها غير متعين بل محتمل والاقدام على العقد انما يقتضي الرضى بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من محتملات ذلك واما الثاني فلان في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلئن امكن له دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه بالرجوع عن هبته كان في تجويز هبة المشاع الزام الواهب احد الضررين وكل لا يجوز واما العلاوة فلان جواز الرجوع عن هبة المشاع على تقدير جواز هبة المشاع انما يتحقق في كثير من المواد وهي التي يتحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سياتي

[illegible]

في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك ثم أقول لا يتمشى في أصل هذا التعليل وهو أن الواهب للمشاع إما أن يرضى بالقسمة أو يمتنع عنها فإن رضي بها كان متبرعا بما لم يتبرع به وإن امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله لأن مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع تخريجه على ما يجي في كتاب القسمة فلم يتمش هذا التعليل على قوله **قوله** والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أنه إن لم يلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمت المهايأة وفي إيجابها إلزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فأجاب بأن المهايأة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لأن المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع إنما لاقت العين ولا إلزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة ما في عامة الشروح والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك وللقائل أن يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعا عن جوازها فقد وجد وإن خصصتم بعوده إلى ما تبرع به كان تحكما والجواب تخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك الزام زيادة شيء هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لأن المهايأة لا يحتاج إليها انتهى كلامه أقول لا يسري في الجواب الذي ذكره كثير طائل في دفع سؤال السائل لأن حاصله أن في عوده إلى ما تبرع به إلزامه إخراج عين هي أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهايأة فلقائل أن يقول إن لم يكن في المهايأة إلزامه إخراج عين في ملكه ففيه إلزامه إزالة نفع في زمان معين عن تصرفه وكون الأول أكثر ضررا من الثاني مطلقا غير مسلم فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها يكون أعز وأشرف من مقدار عين تصير أجرة قسمة فيكون إزالة التمكن عن الانتفاع بها أشق على الإنسان وأكثر ضررا من إخراج مقدار عين تصير أجرة قسمة عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فتحققت في الصورتين معا غير أن الزائد عليها في إحديهما العين وفي الأخرى المنفعة والأظهر في الجواب عندي أن يقال تخصيص ذلك بما إذا عاد إلى ما تبرع به ولا يلزم التحكم لأن المحذور في إلزامه ما لم يلتزمه فيما إذا عاد إلى ما تبرع به لزوم المنافاة فإن التبرع ضد اللزوم فهما لا يجتمعان في محل واحد فيما إذا لم يعد إلى ما تبرع به لا يلزم المنافاة فإن المهايأة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين فلم يتوارد الإلزام والتبرع إذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم إن صاحب غاية البيان لما بين مراد المصنف رحمه الله على النهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لم يلزمه ههنا ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك إلى الإلزام المهايأة فنقول لا نسلم لأن التهايؤ ليس بواجب لأن فيه إعارة كل منهما نصيبه من صاحبه والإعارة لا يكون واجبة انتهى كلامه أقول لعل هذا الجواب ليس بصحيح لأن التهايؤ يجب ويجري فيه جبر القاضي إذا طلبه أحد الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسيأتي بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لأن فيه إعارة كل واحد منهما نصيبه إلى آخره وجه القياس وقد صرحوا بأن القياس يأباه ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليه إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة فقولهم في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدي ذلك إلى الإلزام التهايؤ مما لا يقبل المنع أصلا **قوله** وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضا إلى قوله أما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه والأصل في ذلك أن يتجانس القبضين ينوب أحدهما عن الآخر وتغايرهما ينوب الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكان متجانسين ولو كان بيده مغصوبا أو بيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده

وكذلك ان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا بقاء له الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهب واحد من اثنين لا يصح عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين دارا وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل احدهما صح

لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فيا منه ضمانة يحتاج الى ان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيرها اقول يرد على ظاهر قوله او بيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع واشار اليه المصنف رح فيما سياتي بعد اسطر بقوله او في ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله او بيع فاسد فالجواب انه قد مر ايضا في باب البيع الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه على القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه فوهبه في البيع الفاسد بعد ان فسخ العقد فينتقل الملك الى البائع فيصح هبته اياه بل لا يبعد ان يجعل نفس الهبة فسخا للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية او بيع فاسد بقوله بلا اذن البائع وقال فلا يرد ان المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجي بعد سطر فكيف يصح هبته انتهى اقول لا يخفى على ذي فطنة انه لا حاصل لما ذكره اذ لا يتصور بيع فاسد بلا اذن البائع لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل ان يكون مراده بالبائع في قوله بلا اذن البائع هو المالك فيجوز ان يبيع فضولي مال احد بغير اذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشتري لانا نقول فاذا اذن المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع اي المالك وان لم ياذن له فيه لا ينفذ البيع اصلا فيكون يد القابض يد الغصب او يد الامانة لا يد البيع بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر **قوله** وكذلك كل من يعوله اي قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان اطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد ابو الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن سواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض لهذا فاذا لم يبق واحد جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا يرى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل واري انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد بذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك قيد المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب انتهى كلامه اقول ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر في كتب العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذاك بقطعي ولكنه السابق الى الفهم في الخطابيات واما اذا كان موخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به ايضا اصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه موخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شي فيضمحل ما توهمه صاحب العناية **قوله** ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب اي ويملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة ابيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتاويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا وقال وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعول غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ملبست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهر زاده قال في مبسوطه فمن مشايخنا

ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل منهما كملا اذ لا شيوع لهذا الوفيه بين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن في الجامع الصغير التصدق على محتاجين بعشرة دراهم والهبة لهما جائز ولو تصدق بها على غنيين لم يجز وقالا يجوز العينين ايضا جعل كل واحد منهما كانه اعطي الآخر والصلاحية تامة لكل واحد منهما تمليك بغير بدل فرق بين الهبة والصدقة في الحكم وفي الجامع في الاصل سوى فقال وكذلك الهبة من فقيرين لانه في المصلي لتوسعا على المحتاجين ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان قيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين لو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان فابو حنيفة رح مر على اصله وكذا محمد رح والفرق لابي يوسف رح ان بالتنصيص على الابعاض يظهر انه قصد ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام والجد والاخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالهم وان كان الاب حاضرا كما في الزوج ومنهم من فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الاجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر ان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح ان يقع قوله في الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وانا اتعجب من صاحب العناية انه بعد ان رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسألة مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات اخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام وذلك الهمام كيف جمع مع رأي صاحب النهاية في جعل قول المصنف رح في الصحيح متعلقا بقوله ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى اما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة داعية اليه واما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف رح بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الايضاح من ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا لقال ويملكه مع حيوة الاب بدل قوله ويملكه مع حضرة الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحيوة تأمل تقف **قوله** ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع بجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لقال قول المصنف رح فيكون التمليك كذلك وقال والظاهر من سياق المصنف رح ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك انتهى اقول كانه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك ان مراده ان هذا الاستدلال تم بجانب الملك فقط ورد عليه انه لغا حينئذ قول المصنف رح فيكون التمليك كذلك وليس كذلك بل مراده ان مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الاتيان بكلمة من في قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي ان تتفرع عليه كون التمليك ايضا كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من سياق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب **قوله** ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء من غير سابقة الاجمال او يكون بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين او بالتساوي كالتنصيف وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة رح مطلقا اي سواء كان متفاضلا او متساويا وجاز عند محمد رح مطلقا وفرق ابو يوسف رح بين المفاضلة والمساواة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية وقد اشار اليه المصنف رح بقوله عن ابي يوسف رح فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية جعل المصنف رح ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال ولو فصل ابتداء بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بان قال احدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف بكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن ابي يوسف رح فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس فيه الظاهر ان المصنف رح عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا انتهى اقول يرشد الى ما قال صاحب العناية ان المصنف رح قال ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك
والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض

ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفه وللآخر نصفه اذ لو كان مراده العطف على اول المسئلة الاولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب ان
يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم ان مراده العطف على ما في آخر المسئلة الاولى من التفصيل الواقع بعد
الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الاولى بطريق المفاضلة وفي الاخرى بطريق المساواة

باب الرجوع في الهبة

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع الرجوع وموانعه وهذا بابه **قوله** واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى القيود اي اذا وهب هبة لاجنبي او لذي رحم ليس بمحرم او لذي محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم تقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء او بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه وهذا وجه كون هذه القيود محتاجا اليها بالا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان له محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب والاجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين احدهما وسلمها اليه والثاني لم تقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه انتهى اقول في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب والاجنبي الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب والاجنبي اخراج المؤنث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين الامرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما يبقى فيها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لاخراج المؤنث وانما هو للجري على ما هو المتعارف في امثالها من تغليب الذكور على الاناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بالقيد الثاني من القيدين اللذين اعترف الشارح المذبور ايضا بانه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكره وذلك ان لم تقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع ثم اقول لمانع ان يمنع انفهام القيد الاول من ذينك القيدين في اثناء كلام القدوري في مختصره والعمدة في هذه المسئلة على القدوري لانها من مسائل مختصره انتهى فتامل **قوله** ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعله احق بها وهذا يقتضي ان يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو حق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية وهكذا ذكر في العناية ايضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب وقد اشار في الكافي ايضا الى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول اكلنا خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه ولانه اثبت للواهب حقا اطلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب اغلب الا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولانه نهى الحق الى وصول العوض اليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى اقول في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه بحث اما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من اركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة الاطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز الاطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار

ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى حق الرجوع وشاته للوالد

ما تؤول اليه كما في قوله تعالى اني اراني اعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار ما كانت له وهذا ليس بابعد من ذلك واما في الثاني فلانه قد تقرر في علم العربية انه يجوز استعمال افعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل او الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن من ومنه قوله تعالى وهو اهون عليه اذ ليس شيء اهون على الله تعالى من شيء فلفظ احق في الحديث المذكور عار عن الامور الثلثة المذكورة فلم لا يجوز ان يعتبر مجردا عن معنى التفضيل بمعنى ان الواهب حقيق بهبته ما لم يثب منها فلا يقتضي ان يكون لغيره فيها حق نعم ان الشائع ان يكون صيغة افعل مستعملة في معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال ان لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف في مقام المنع قادح في مقام الاستدلال على ان للقائل ان يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا بالحديث المذكور فصار المراد ان يثبت للواهب في هبته حقا اغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ولما قال النبي عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه لان الرجوع ح يصير في حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب فالوجه تجريد الاحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث ايضا من تلك الوجوه حيث قال تمسكا الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعني صاحب العناية اقول صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بان مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المذكور **قوله** ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله قال صاحب العناية في تعليل قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالتساويين والمدعى كان اعم انتهى وقد سبقه الى هذا الدخل الشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا في الثالث ومع هذا الرجوع في الكل ما لم يعوض انتهى اقول يمكن توجيه ما ذكر في العناية بان المراد بالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض اعم التعويض وفي قوله والى من يساويه ليعوضه هو التعويض المالي وبالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض اعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالمخصوص بالمتساويين هو التعويض المالي واما التعويض المطلق فيوجد في الاعلى والادنى والمساوي والتعليل المذكور يشمل الصور الثلث فلا يضره كون المدعى اعم فانه يدل على جواز الرجوع في الكل ما لم يعوض تامل تفهم واعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه اليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه ان المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافاة لان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادي قروض انتهى ثم ان صاحب التسهيل اعترض على اصل هذا الدليل حيث قال اقول على هذا التعليل لو قيد بنفي العوض ينبغي ان يمتنع الرجوع لانه ظهر ان العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه السلام ما لم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفي العوض انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بانا لا نسلم ظهور ان العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفي العوض فان التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب اياه واشتراطه بل بحسب مروة الموهوب له وجري العادة على التعويض ونفي الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه اياه سببا لهيجان مروة الموهوب له فيجوز ان يقصد الواهب بنفيه اياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة حكمة لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر

فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها **فقال** الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد **قال** او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه ويحرم الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه

قوله لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا اي باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل يشار اشارة الى ان قولهم وان لم يكن رجوعا في الحكم اقول ليس هذا بصحيح لان المراد بتملك الولد ههنا تملكه بطريق الانفاق على نفسه لا بطريق الشراء لان الشراء مما لا مساس له بالهبة فلا يناسب تاويل الحديث المذكور قطعا ولان قولهم للحاجة تعين الاول لعدم الاحتياج الى الحاجة في تملكه بالشراء على انهم صرحوا بالاول حيث قال في البدائع فانه يحل له اخذه من غير رضى الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه انتهى وقال في الكافي من شروح هذا الكتاب فانه ينتقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه انتهى الى غير ذلك من المعتبرات **قوله** وقوله في الكتاب فله ان يرجع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه قال الشارح العيني قيل قد استدل المصنف رح على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا او القضاء فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال واما اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف يكون اعانة على المعصية التي هي معصية اخرى منحية للجواز واذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لان قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وانما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله الى حقه فاذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالا وقد اعترف المصنف رح بعد ذلك بان في اصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الاقدام على امر مكروه انتهى كلامه اقول هذا الاشكال انما نشاء من عدم الوقوف على ان محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فان الذي كان مكروها انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز الرجوع عنها والذي يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند التنازع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا اعانة على امر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعي على اصل ائمتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بفعل نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه القاضي دفعها اليه وليس فيه ايضا الزام المكروه لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب له بعد ان رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه يتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشيا من اختلاف العلماء في مسئلة لا يمنع القاضي عن الاقدام على الحكم سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذافيره كما ينبغي اللهم فهم هذا المقام **قوله** او يزيد زيادة متصلة قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو ان يقال يورث زيادة في قيمة الموهوب انتهى اقول بل من ذلك القيد الآخر بقوله او يزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث ذلك زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرح قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وانما اشتراط كونها موثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم يكن كذلك كانت نقصانا قربت زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا انتهى والظاهر ان الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد احسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم اعلم ان المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال اما اذا زاد الموهوب في نفسه لكن لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا يمنع الرجوع فانه قد يكون الشيء زيادة صورة ونقصانا معنى كالاصبع الزائدة وما اشبه ذلك وقال هذا كله في الذخيرة ثم اقول بقي ههنا شيء وهو انهم صرحوا بان الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة

[illegible]

كالزيادة المتصلة يبطل القاسمة وبالاصح الزائدة لا تمنع الرجوع مع ان الدليل الذي ذكره لمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة ايضا فليتامل في التوجيه **قوله** فان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا قال صاحب العناية هذه نوع من الزيادة المنفصلة وكان حقها التقديم انتهى اقول وجه التاخير ان المصنف رحمه الله ذكره ان التفصيل بين الانواع المذكورة بطريق الاستثناء في مسئلة مختصر القدوري ثم ذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي ان يذكر بينهما كلام آخر مستقل تفكر وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه الا ان المصنف رح قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب فاخر التفريع لما فيه من كثرة التفصيل انتهى اقول ليس كذلك شيء لان المصنف رح لو قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجية من اصول الموانع بين التفريعات بقوله وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها وبقوله وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر تبصر تفهم **قوله** فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي اقول قيد النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتبرات اذ الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فانه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوما اولى كما لا يخفى وسياتي التعرض من الشراح لنظير هذا في قوله وان عوض اجنبي عن الموهوب متبرعا فتبصر **قوله** وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف العوض اقول هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف رح وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف رح منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها **قوله** وفي اصله وهاء اي في اصل الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب بحقه فللموهوب له ان يمنع ملكه وقال تاج الشريعة لانه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول تفريع قولهم ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع مختل لان الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور اي فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم ان يبطل في جميع الصور لعدم انفكاك تلك العلة في صورة فالصواب ان بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع لما ذكر من الادلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض بعض الفضلاء على قولهم لانه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس اقول هذا ساقط لانه ان اراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس انه يقتضي ان يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفا فما المحذور في ذلك اذ الظاهر ان كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة الى ما ثبت على وفق القياس الا يرى انهم قالوا كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الاحكام يختص بمورد النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وان اراد بذلك انه يقتضي ان يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضاء او القضاء فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو كان قوله وفي اصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضاء او القضاء وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ولا يجري هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس فلا انتقاض به ثم ان الامام المطرزي قال في المغرب الوهاء بالمد خطا وانما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهيا

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا **قال** وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره **قال** وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين في المجلس ويبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتجب فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا

أو أنصف انتهى. وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشيء، ولكن صاحب العناية أيضا قال: وهو خطأ لأن هذا المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئته ما ليس بخطأ خطأ انتهى. ولا يذهب على ذي فطانة أن الخطأ ههنا إنما هو في كلام صاحب العناية فإنه زعم أن الوهب في قول صاحب المغرب وإنما هو الوهب مقصور الوهاء وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالوعد، ومن لبين فيه قول صاحب المغرب معنى ويجعل المقصور لمعنى وهبا حيث قال وهبا ولو كان مقصود القائل وهاء لما لا يخفى. وقد تفطن الشارح العيني لهذا حيث قال: وقول صاحب العناية لأن هذا المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ لأن جواز المقصور السماعي مبني على وجود الممدود حتى يقصر والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين ثبت المد انتهى. ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال: فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وإنما هو الوهب يعني بتسكين العين ومخطئ من وجه في قوله الوهاء بالمد خطأ لأن هذا أيضا مصدر على وزن فعال كما يقال في قلى يقلي قلى وقلاء على وزن فعال ودعا كذلك، وقد قال الجوهري القلى البغض فإن فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلى وقلاء انتهى كلامه. أقول خطأ هذا الشارح أيضا في تخطئة صاحب المغرب لأن كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي أن يكون نفسه أيضا مصدرا إذ قد تقرر في علم الأدب أن مصادر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس فمجيء القلاء مصدرا من قلى يقلي كما ذكره الجوهري لا يقتضي أن يجيء الوهاء أيضا مصدرا من وهب يهب فإن الأول مسموع دون الثاني، وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على أن تخطئته إياه في قوله الوهاء بالمد خطأ ينافي تصويبه إياه في قوله وإنما هو الوهب لأن منشأ قوله هذا تقرر مصدر وهب يهب على الوهب بتسكين الهاء فكون الوهاء أيضا مصدرا له ينافي ذلك قطعا. ثم إن صاحب الكافي ومن أخذ أخذه من الشراح كصاحبي الكفاية ومعراج الدراية أثبتوا لأبي حنيفة ههنا دليلا آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا: ولأن الرجوع فسخ العقد فلا يصح إلا ممن له ولاية عامة وهو القاضي أو ممن له ولاية على نفسه كالرد بالعيب بعد القبض انتهى. أقول فيه نظر، أما أولا فلأنه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد إذ قد مر في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع أن المشتري إذا قبض المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته، ثم إن لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده إن كان الفساد في صلب العقد ولمن له الشرط إن كان بشرط زائد فيفسخ فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا بقضاء فصار الدليل المزبور منقوضا به، بل هو منقوض أيضا بسائر العقود الغير اللازمة لأن كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بإرادته كما مر جوابه في موضعه. وأما ثانيا فلأن قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد إذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ، والحق ههنا للواهب في نفس الفسخ كما مر جوابه فيما سيأتي، وفرق واضح بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه، تدبر.

قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا. قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ: لأن العيب لا يمنع تمام العقد فإذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى. أقول فيه بحث لأنه إن أراد أنه إذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل ألبتة فهو مسلم، ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل ألبتة فلا يتم التقريب، وإن أراد أنه إذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع، ألا ترى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الإيجاب والقبول ومع هذا يقتضي ثبوت حق الفسخ بموجب قوله عليه السلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها، والفوات المقصود بالعقد عادة وهو عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر، فلم لا يجوز أن يثبت للمشتري أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع. فالأظهر في تعليل ذلك أن يقال لأن البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضي ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد.

ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار الهبة فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء

بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين **قوله** ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى ويمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه من الوجوه اولى من اهمال احدهما انتهى اقول فيه مناقشة وهي ان قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما لا يفيد اعمال الشبهين على الحدث وجوب اعمالهما كما ترى فلا يتم التقريب كما لا يخفى فتأمل

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة **قوله** ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة توضيح هذا الدليل ان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا غير لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما يؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد ان ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل جزء من وجه الا انه يكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه لانه ليس كالملفوظ انتهى اقول فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية ايضا مع انه فيها صحيح وليس كذلك قطعا على ما صرحوا به قاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب ان من اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افراده ولانه يصح افراده بالوصية فيجوز استثناؤه منه انتهى وقال في الكافي هناك فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فينبغي ان لا يصح الاستثناء لانه تصرف في اللفظ قلنا لا نعني بصحته الترتيب كما في استثناء ابليس على ان صحته لا تفتقر الى التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم انتهى فيدل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية ههنا ولو طلب الفرق ههنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع فانه لو وهب لرجل ما على ظهر الغنم من الصوف او ما في الضرع من اللبن ثم امره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز استحسانا وفي الحمل لا يجوز واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وعزاه في النهاية الى المبسوط اقول في كل من وجهي الجواب المذكور نظر اما في وجهه الاول فلان ما في البطن لو لم يكن مالا اصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتدبيره والايصاء به وقد صح كل منها على ما عرفوا وصرحوا به في مواضعه ويدل على صحة الاولين المسألتان الآتيتان ههنا وهما قوله ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز واما في وجهه الثاني فلان كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضي عدم صحة الهبة فيما اذا امره بقبض الحمل في الحال واما فيما اذا امره بقبضه بعد الولادة فلا اذ يمكن له حينئذ ان يقبضه بعد الولادة اصالة بدون النيابة عن الواهب في الفعل ... ان قال بعض اصحابنا ان امره في الحمل ان يقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحسانا كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية فاول الجواب المذكور وقال ولكن الاصح انه لا يجوز في الحمل اصلا لان ما في البطن ليس بمال الى آخره ثم اقول على فرض ان يكون الجواب المذكور وجيها لما ذكرناه ولا ...

لم يصح الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهب لها امة على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات

به السؤال المذكور لان مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع وحاصله ان الصوف على الظهر واللبن في الضرع ايضا من اوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من حيث حتى يصح الهبة فيهما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية اخرى وهذا لا يجدي شيئا في دفع مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب **قوله** ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة اجيب بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية اخذا من النهاية اقول ليس الجواب بسديد اما اولا فلانه لو جعل الحمل منفصلا في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المقر المقسوم لا في حكم المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان اولى بجواز هبته فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك ان احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعيض واضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجوالق الذي فيه طعام الواهب ولكنه امر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد اليه ان صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم يصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكما لوجود اختلاط الملك في الصورتين جميعا انتهى قلت مورد هذا السؤال قول المصنف فبقي هبة المشاع لا قوله او هبة شيء هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني دون الاول فلا يتم الجواب تامل تقف ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر السؤال والجواب المذكورين قال وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال اردفه بقوله او هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى اقول فيه ركاكة ظاهرة لان الجواب المذكور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المذكور لا يقتضي ارداف الوجه الاول بشيء آخر لكون ذلك السؤال مندفعا عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه قط **قوله** او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل قال صاحب النهاية هذا على طريق اللف والنشر الا انه غير مرتب على الاصح اعني ان قوله على ان يرد عليه شيئا متصل بقوله او وهب دارا وقوله او يعوضه شيئا منها متصل بقوله او تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا الانه لو وصل قوله او يعوضه شيئا منها بقوله او وهب اذا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة وذا انما يكون ان لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله او تصدق عليه بدار اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها او يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله او يعوضه شيئا منها الى قوله او اذا وهب دارا الا انه يلزم التكرار المحض من غير فائدة ... بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في تحريرهما تصرف اذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان معنى قوله او يعوضه شيئا منها بعد قوله على ان يرد عليه شيئا منها انما هو ان يرد بعض الدار على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ الا بتعسف بعيد وهو ان يرجع ضمير منها في قوله او يعوضه شيئا منها الى ...

قال ومن كان له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غدٌ فهي لك او انت بريٌ منها او قال اذا اديت الي النصف فلك النصف او انت بريٌ من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول

غير مذكور ههنا اصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى او يعوضه شيئا من الاعواض الا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظ الامر في قولهما العم الا ان يراد بقوله او يعوضه شيئا منها ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر الى نفس عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ جامع الصغير في هذه المسئلة يخالف لفظ الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يهب للرجل هبة او يتصدق عليه بصدقة على ان يرد عليه ثلثها او ربعها او بعضها او يعوضه ثلثها او ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئا منها الى ههنا لفظه ولا شك ان ثلث الدار وربعها البعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجويز ارادة معنى آخر بالنظر الى لفظ جامع الصغير الذي هو ماخذ عبارة الكتاب خلاف الظاهر لكن يبقى في لزوم التكرار ما سنذكر ما يتعلق به وكان الامام الزيلعي تنبه لسماحة الاستبعاد الذي يشعر به لفظ الامر الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز اسلوب تحريرهما فقال وقوله او يعوضه شيئا منها فيه اشكال فانه ان اراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره اولا ايضا ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه اقول ولو اطلع على اصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك الترديد ايضا بل اقتصر على الشق الثاني فكذا في ذلك نصا في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان صاحب العناية كانه قد اطلع على اصل المسئلة ايضا حيث لم يجوز الشق الاول اصلا بل ساق كلامه على ان يقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا ان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها انتهى اقول فيما قاله نظر لان الرد عليه ان لم يستلزم كونه عوضا في الهبة لم يتحقق الا انه يشمل ذلك ويعمه في التصدق على كل شيء من الدار الموهوبة اعطاء الموهوب له الواهب شيئا عن كل الدار انه مردود على الواهب فكان تعوضه على ان يرد عليه شيئا منها مغنيا عن قوله او يعوضه شيئا منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا القدر من دعوى لزوم التكرار على التقدير يكون قوله او يعوضه شيئا منها مصروفا ايضا الى الهبة دون التصدق وليس او تزعم في المفهوم او في التصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض الحواشي ان قوله او يعوضه شيئا منها يرجع الى التصدق فانه اذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح اقول اذا وهب بشرط ان يعوض شيئا فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم ان قوله او يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة الى ههنا كلامه اقول التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما اراده واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله تعالى وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه او يعوضه ثلثها او ربعها ولا يخفى ان ثلث الجارية وربعها امر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما الا ان مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا او يعوضه شيئا منها فاخذ شيئا من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو ان المفهوم من هذا القول انه اذا وهب بشرط ان يعوضه شيئا معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع انه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بانه اذا وهب دارا وخمسة بشرط ان يعوض بيتا معينا منها او درهما واحدا من تلك الدراهم يصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح ان يكون عوضا والمواهب ان يرجع في هبته لانعدام العوض وقال فذلك البعض ومن هذا ظهر فساد ما في بعض الحواشي ايضا كما لا يخفى انتهى اقول كلامه ناش من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما اراده صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره ونقده في رد ذلك على ان يكون المراد بالتعويض في قوله او يعوضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بلا ريب وفي غاية

والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداهما **قال** والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده
لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى
باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى
ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما
لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به **فصل في الصدقة قال** والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود
هو الثواب وقد حصل وكذلك اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل **قال** ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة
ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب تصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

في غاية البيان وفي عامة المعتبرات وهو انه اذا شرط الواهب ان يعوضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا ايضا امر مقرر لا حاجة فيه
ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد على شيء منهما ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على صدر الشريعة
انه قال الا اسقاط الدين فانه اسقاط فيه معنى التمليك في وضع هذه المسألة كما نبهت عليه فيما مر لكنه كلام آخر فليتأمل جدا فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما
مر من المقدم من الاقوال مما لم اسبق اليه فاشكر الله تعالى واتوكل عليه **قوله** والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها قال صاحب العناية هذا
اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين انتهى اقول في قوله والابراء عن الدين
فيها خبط ظاهر اذ قد عرفت ان الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة وكأنه غفل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه **قوله**
وقال ابو يوسف رح جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند ابي يوسف رح جائزة
لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى انتهى اقول في تقرير
الثانية بحث اذ على تقدير ان يكون معنى قوله داري لك رقبى على تقدير ان يكون الرقبى مأخوذا من الرقبة رقبة داري لك لا يثبت قوله وقوله رقبى شرط فاسد اذ لا فساد في ان يقال رقبة داري لك فتمشى كلامه
ولا يتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى **قوله** لان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الى آخره قال صاحب العناية يشير الى ان ابا يوسف رح قال
بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد وايداع الشيء في اللغة بمعنى آخر
لا حاجة عنه مندوحة ليس بمستحسن الى هنا كلامه اقول لا شك ان المصنف يشير بقوله المذكور الى ان ابا يوسف رح قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن
ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو ان يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد بل مراده بذلك ما نبه عليه
صاحب الكافي وجمهور الشراح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف رح هذا اللفظ على انه تمليك للحال
مع انتظار الواهب الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك ان معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كأنه يقول
اراقب موتك وتراقب موتي فان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل
انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه اصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد الى آخره كما لا يخفى ثم ان صاحب
غاية البيان قال في هذا المقام وعندي قول ابي يوسف رح اصح اذ غاية ما في الباب ان يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لانها لا تبطل
بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى اقول فيه نظر لان الهبة انما لا تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء واما اذا منع ذلك فلا جرم
ان يبطل الهبة بالضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما اياها كما تحققته آنفا ويرشد اليه هذا ما ذكره صاحب الكافي
حيث قال وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده ولو قال داري لك رقبى او حبيس فهو باطل عند ابي حنيفة رح ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح والاصل
ان الشرط في الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة وبطل الشرط ثم تفسير العمرى ان يقول جعلت هذه الدار
لك عمرك فاذا مت فهي رد علي فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع اصل التمليك وتفسير الحبيس ان يقول هي حبيس عندك فان مت فهي لك وتفسير الرقبى
ان يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهي من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان مت فهي لك
وان مت فهي لي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية

كتاب الاجارات

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لحقت الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انهما يقعان لازمين فلذلك اورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوها انتهى اقول فيه اختلال لانه ان اراد بالافراد في قوله ذات افراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الافراد لم يحصل فائدة في جمعها اذ لا يتوهم عند احد ان يكون حقيقتها فرد واحد شخصي او فردان شخصيان فقط حتى يجمعها للاشارة الى انها ذات افراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يلائم المدعى حينئذ كما لا يخفى وان اراد بالافراد في قوله المذكور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون اقل الجمع ثلاثة واما الحمل على ما هو المذهب الضعيف عند من كون اقل الجمع اثنين فمما لا ينبغي ان يرتكب ويبنى عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق فالحق عندي ان يقال جمعها اشارة الى انواعها المختلفة فان نوع يصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى ونوع يصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطته ونوع يصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم فهذه الانواع الثلاثة هي التي اشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سيأتي تفصيلها عن قريب

قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض قال بعض الفضلاء ولو قال تمليك المنافع ونحوه لكان اولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك انما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا ان يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتامل انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح ايضا تمليك لا استباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه بل انما وقد فصحوا عن هذا في اول كتاب النكاح حيث فسر النكاح في عامة الشروح بل المتون بانه عقد موضوع لملك المتعة وقال المصنف في باب النكاح مملوك للعاقد بدلالة جواز الاعتياض عنه وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس سببا لملك المتعة وما ذكره الزيلعي ههنا في شرحه للكنز من ان النكاح ليس بتمليك انما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما اجمعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تمليك حتى ان صاحب الكنز نفسه صرح في اول النكاح بانه عقد يرد على تمليك المنفعة قصدا ومخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان من ابيح شيئا فانما يتلفه على ملك المبيح فلم يكن ذلك معاوضة ومما يقضى منه العجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس تمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق في اوائل كتاب النكاح من انه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة انتهى ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق ثم اقول يمكن ان يقال في تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال في اوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة وقال صاحب الكافي والشراح هناك وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح اجرا بقوله تعالى فآتوهن اجورهن وهو يشعر بانه مشاكل للاجارة ولنا ان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الا موقتة

لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار

تبيينهما منافاة فلا يصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بانها عقد على المنافع بعوض او بانها تمليك المنافع بعوض ونحو ذلك النكاح تامل تقف وقال في غاية البيان وينبغي ان يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله انتهى اقول وهذا ايضا ليس بسديد اذ على تقدير ان يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بان المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من كتاب الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيختل قطعا **قوله** لان الاجارة في اللغة بيع المنافع قال الشارح العيني قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما اعطيت من كراء الاجير كما صرح به قلت قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان يكون مصدرا فيستقيم الكلام انتهى اقول النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا امر آخر واما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطر ببالي حتى كتبته في مسودتي من تلقاء نفسي قبل ان ارى ما كتبه غيري واما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب فيه آخر وفاسد جدا لان مراده بقوله قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان تكون مصدرا ما ذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع ان يكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة تقول وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من اجره اذا اعطاه اجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضي كون الاجارة ايضا مصدرا من اجر فان الكتابة سمعت مصدرا من كتب واما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط اذ الكلام فيما سمع من اهل اللغة لا في الاحتمال العقلي على انه لو سلم مجيء الاجارة في اللغة مصدرا من اجره اذا اعطاه اجره كمجيء الاجر مصدرا منه لم يستقم الكلام ايضا اذ لا يكون الاجارة حينئذ ايضا في اللغة بيع المنافع بل يكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي كان اللغوي مع الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شدة عينيتهما فالشرعي اولى بالتقديم انتهى اقول فيه بحث لان كون المفهوم الشرعي اولى بالتقديم بناء على انه في بيان شدة عينيتهما لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى اللغوي او مخالفا له مع ان دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن طوى الصغرى فكانه قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع ولا يخفى ان المسلك المذكور يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل تدبر فانه وجه حسن **قوله** الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار قال صاحب العناية في شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر انتهى اقول في تقريره قصور اذ المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر ومن قوله فكان استحسانا بالاثر ان تنحصر دليل شرعيتها في الاثر والا لم يكن فائدة في ذكر قيد الاثر في الموضعين وليس كذلك اذ لا ينحصر في الاثر بل الكتاب ايضا دليل عليها كقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج وكذا اجماع الامة ايضا دليل عليها

وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره و ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره

كما ذكر في الكافي وغيره بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتامل قوله وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد اقول لقائل ان يقول سياتي في باب الاجارة الفاسدة انه يجب فيها اجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعي مامور باعطائه من قبيل الشرع فلم يكن الامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد اللهم الا ان يقال وقع الامر في الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قيل اعطوا الاجير اجره وذلك يفيد كون المراد بالاجر المامور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون اجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى للاجير لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة فتبصر قوله وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول قال بعض الفضلاء لا بد ان يتامل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة تحقق الانعقاد فاي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك انتهى كلامه اقول جواب هذا الاستشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشائخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام مشائخنا يوهم ذلك ثم قال وفسر بعض مشائخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منهما مضافين الى محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما ووجد عقدا منهما اذ العقد فعلهما والفعل يعد منهما سوى ترتيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد وحكم الشرع ثبت ومنا لكلاميهما شرعا والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فانها يجوز ان ينفك عن معلولاتها فجاز ان يقال انعقد وجدانه عبارة عن كلاميهما والانعقاد تراخي الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر الى ههنا كلام صاحب الغاية فكان ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام اولم يقع به وكلاهما مما لا ينبغي كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار اقيمت مقام المنفعة الى آخره جوابا عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستاجر في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استاجر شهرا شهرا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد الايجاب بالقبول الزاما للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه الشارح العيني اقول فيه نظر لانه ان تحقق انعقاد العقد في كله بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وينعقد ساعة فساعة اذ يلزم حينئذ ان ينعقد في الساعة الاولى وهي ساعة العقد بالايجاب والقبول وارتباط احدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قوله قول المصنف والدار اقيمت مقام المنفعة الى آخره جوابا عن ذلك السؤال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى فالاولى ان يكون المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على اصل ائمتنا كما سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلنا هو ان العقد لا بد له من محل لان المحل شرط صحته قال قال الفقهاء المحال شروط ومحل العقد ههنا هي المنافع وهي معدومة ولا تصلح المعدومة مقام المنافع التي ستوجد لان الدار محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما علة ما يحدث افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر قوله وما لا

لابد عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار

ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة تصلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا لما تقرر في البيوع ان الاموال ثلاثة ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقايضة بيع ليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان تمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا اصلا الى هنا كلامه اقول لا النظر شيء ولا الجواب اما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال واما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة وقد افصح عنه صاحب العناية نفسه ايضا فيما بعد حيث قال لان الثمن شرط كونه مما يجب في الذمة فيختص به لكنه بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات الامثال لان تكون ثمنا بهذا المعنى لا في صورة المقايضة ولا في غيرها لان يكون المقايضة بيعا بلا ثمن لهذا المعنى الا ترى ان الشارح المذكور نفسه قال في اول كتاب البيوع انواع البيع اربعة بيع السلم بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى حيث جعل الدين مقابلا للعين ثم فسر الدين بالثمن وجعل احد انواع البيع وهو المسمى بالمقايضة بلا ثمن فيه اصلا نعم الثمن بمعنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين معا الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ولكنه ليس مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فلا يرد النظر المذكور عليه هذا واما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف وحاشاه ثم اقول بقي ههنا شيء وهو ان لقائل ان يقول لا شك ان مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا هو ما يجب في الذمة وان تمثيله بما لا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح على هذا المعنى المراد الا انه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري في قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صح ثمنا صح اجرة على ذلك المعنى الاعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدوري بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع يتحمل التعميم لصوق الدين والعين كما ترى ويمكن ان يجاب عنه بانه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير مصروف عن المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين ايضا فان ما لا يجوز ان يكون ثمنا في البيع على المعنى العام للعين جاز ان يكون اجرة ايضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا في البيع اصلا وتصلح اجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما مر حمل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تتميما لما تيك المسئلة وما لا يصلح اجرة ايضا كالاعيان كما قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الكلام ليس على وجه الحد وانه لا يجوز غيره تبيين ذلك ان الاعيان لا يكون اثمانا وتكون اجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب ههنا فكر ولكن لا انصاف ان المنفعة كانت حقيقا بان يذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمنا ويصلح اجرة فان كون المنفعة مما يصلح اجرة اخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن ان يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن ان يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين ايضا كما عرفت انفا قوله

لانه عوض مالي اي لان الاجرة على تاويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فصح ان يكون اجرة كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي الى آخره ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن شرط كونه

قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة لما نبهنا كلامه اقول وللقائل ان يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كان الاجرة ايضا مشروطا به لكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان الشرط بذلك ثمن البيع لا ثمن المنفعة قلنا فللقائل ان يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن البيع في ان يكون احدهما مشروطا بالشيء دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتأمل وقد اورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى انتهى اقول ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الرد على صاحب العناية بناء على ما قاله في تقريره السابق من انه لو لم تصلح العين ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده بايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما اذا بيع الدار بالدار لا خلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بيناه من قبل قوله وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل ما في نسخة اخرى الا صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية اقول لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية امور كبيان الثوب والوان الصبغ وقدره في استيجار رجل على صبغ ثوبه وبيان الثوب وجنس الخياطة في استيجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استيجار دابة للحمل او الركوب على ما اشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب والوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد ولكان المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية ما لا بد منه من الامور اللازمة البيان كما اشير اليه بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار وبذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون قوله وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله لا بد من بيان الوقت اقول في هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب ان الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهل يلزم منه تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره اللهم الا ان يحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد ان الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل او قد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير منقسم من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم اقول كان حقا على المصنف ان يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض الشراح كصاحب الاسرار وغيره من ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى ولكن صاحب الكافي تنبه لسماجة هذا التحرير حيث آخر بيان هذا التقسيم الثنائي عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم الثلاثي واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في اجير الوحد حيث قال وفيه نظر لان اجارة اجير الوحد ايضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعلها صاحب التحفة احد نوعي الاستيجار على الاعمال كما ذكرنا ولو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستيجار الدور والحوانيت ونحوها كان اولى انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لان اجارة اجير الوحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق اجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كما مر جوابه قاطبة وسيأتي في ذلك ولو كانت عقدا على العمل لما استحقها

[illegible]

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه

بدون امل بل انما هو مقدم على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافعه لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرعي الغنم ونحوه لتعرف المنفعة المستحقة الى تلك بجهته وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك احد نوعي الاستيجار على الاعمال ما يكون حجة على المصنف ولو شمل المصنف ما يكون العقد على المنفعة باستيجار الدور ونحوها دون اجير الواحد لدلالت التثنية على ان اجارة اجير الواحد من هذا القسم وهو مقصود المختار ذلك على البعض فتنبه

باب الاجر متى يستحق قال صاحب النهاية لما ذكر ان صحة الاجارة موقوفة على ان تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب انتهى كلامه واقتفى اثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لا يقتضي ذكر مجرد ان صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وقت وجوبها فضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها افراد باب على حدة الا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل انتهى كلامه اقول وفيه شيء وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها ايضا كالهبة فان الملك لا يثبت هناك ايضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض لا مر كالوصية فان الملك هناك ايضا يتاخر الى وقت الموت فلا يتم القول بان الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط ثم اقول الاظهر ان يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة فيما وقع فيه الاختلاف بين ائمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان وقت استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل **قوله** الاجرة لا تجب بالعقد قال تاج الشريعة اراد وجوب الاداء اما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فاعتقه المؤجر قبل وجود احد معان ثلثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فلانه معاوضة فتعتبر المساواة ولم يوجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد اي لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد لما وجدت بخط شيخي فنكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال يجب ان يعلم ان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا او دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ على ان الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحري وقال بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد اولا وما ذكره في الجامع والتحري قوله آخرا الى هنا لفظ النهاية اقول تأييد ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل ان قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة فعلم منه ان الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب اداؤها بنفس العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شيء قبل ان قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه الاجرة لا تجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه ان الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده الا ترى ان الثمن يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه واداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتاخر الى حلول الاجل فاذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم ان لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن فالصواب

وقال الشافعي رحمه الله يملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية

ان يقال منعه وان تملكه لانه لما ذكر في الايجاب ان الاجرة لا تملك ولا يملك لم يجب ايفاؤها قال فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم واراد الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم على الاخص اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان يكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيما هو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس بمجاز شائع اذا لم تتحقق قرينة مخصصة واما اذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى في تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي يملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المذكور حيث قال فيما بعد بل على ما ذكره قول الشافعي تملك بنفس العقد لئلا يكون محل الخلاف متحدا واما الثاني فلان المعقول من نفي الوجوب فيما له قصد نفي الوجوب المذكور بدون ان يجعله مجازا عن نفي التملك فما فائدة قوله المصرح ان يقال معناه لا يملك ولو سلم ذلك كان اذا جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لم يحتج الى اخراج الكلام مخرج الغالب بل كل مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت دينا او عينا مما يملك وان كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك المعقود يتعلق بجميع انواع الاجرة ولا يختص بما هو غالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى ان يخرج الكلام مخرج الغالب على ان قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في الذمة مع انه مما يملك قطعا قال بعضهم فان في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل

قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة لكان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضي وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع منه انتهى اقول هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب ان يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه لان الشرع انما جعلها موجودة لاجل ان يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم ان يلغو جعل الشرع اياها موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا للشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح نعم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل ائمتنا كما اشير اليه في عامة المعتبرات وهو ان جعل المعدوم موجودا في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر اوضح واولى منه وهو اقامة العين التي هي سبب وجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاده العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام المسبب اصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل ونحو ذلك من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضرورة لما اثبتت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الموجود عند العقد انتهى اقول في الجواب بحث لانه ان اراد ان افادة الملك في الحال من لوازم الموجود عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر ان حكم العقد يجوز ان ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان اراد ان افادة الملك مطلقا ولو بعد حين من لوازمه فمسلم لكنه لا يفيد مدعى الشافعي فان مدعاه ان الاجرة تملك بنفس العقد فلا يتم الجواب المزبور تقريبا لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث قال

وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد اسقطه

اي بادا وان اراد ان افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان اراد انها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى اقول لا يذهب عليك ان في كل من شقي ترديده بحثا اما الاول فلانه مسلم كون
الملك من لوازم الوجود حقيقة مع ان افادة الملك في الحال كما هو مذهب الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة الا ترى ان المبيع يجب ان يكون موجودا حقيقة عند العقد مع ان البيع بشرط الخيار
لا يفيد الملك في الحال كما مر واما الثاني فلان الوجود الحكمي لا يكاد ان يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والا لم يكن فائدة في جعل الشرع الوجود
الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم اولا كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزم تسليم كونها من لوازم الوجود حكما ايضا فالوجه الوجيه في الترديد
ونفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل **قوله** وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله قال في العناية واعترض بان شرط التعجيل
فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة
والاول مسلم وليس اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلانا لا نسلم
فان حيثية كونه اجارة وحيثية كونه معاوضة مخصوصة فما يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الاخرى ثم نمنع قوله والاول مسلم
والثاني ممنوع وانما يلزم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة مع قطع النظر عن خصوصية فلا يلزم
اتحاد الحيثيتين قلنا فيلزم ان يكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى ان ذلك الاعتبار
لا يخطر ببال احد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل على انهما لو صرحا بانهما شرطا التعجيل في عقد الاجارة من حيث انها اجارة لم يفسد العقد قطعا واما ثانيا فلان قوله
فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة واشتراط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه يفوت
المساواة كما لا يخفى فالاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو ان شرط التعجيل في الاجارة لا يخالف مقتضى العقد فان عقد الاجارة
يقتضي التعجيل كالبيع الا انه سقط لمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستاجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية بعد ونوقض
دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي حنيفة رح
وابي يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة
في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه والابراء بعد وجود السبب كذلك والكفالة كالكفالة بما ذاب له على فلان وصحة الرهن مع جهة الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل
استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل او اشتراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه اقول هذا الكلام ماخوذ من النهاية الا ان التعليل المذكور لتجويز محمد رحمه الله الابراء من الاجرة ليس
بسديد لانه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة بسبب كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة
ايضا بسبب اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي
في البدل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على ان ذلك التعليل لا يتمشى اصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة ايضا من خلاف
جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعتبرات مع ان كلا من البدلين معدوم هناك قطعا فلا فرق في الجانبين اصلا كما لا يخفى
واورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان اراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان اراد
غيره فليبين على انه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من ان قوله ابرأتني اقرار بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه اقول قد اخذ اصل ايراده من البدائع
وانه ساقط اما بيان اخذه من البدائع فلان صاحب البدائع ذكر لقول محمد رحمه الله بجواز الابراء عن الاجرة وجهين واجاب عن الثاني
بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد رح ان الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد قصدا صحة تصرفهما

واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به وان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب فى بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ فى بعضها ومن استاجر دارا فللمواجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق فى العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضى لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رح يقول اولا لا يجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح

ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره اعتق عبدك عنى على الف درهم فقال اعتقت ولان الابراء اسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب ان كان يعنى بالانعقاد الانعقاد فى حق الحكم فهو غير منعقد فى حق الحكم بلا خلاف بين اصحابنا وان كان يعنى به شيئا آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع واما بيان انه ساقط فلانه يجوز ان يراد بالانعقاد الانعقاد فى حق المتعاقدين لا فى حق الحكم كما افصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين هو المرتبة الاولى وانعقاده فى حق الحكم وهو المرتبة الثانية وقال الا ترى ان البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين لا فى حق الحكم فكذا فيما نحن فيه اى تم انعقاد العقد فى حق المتعاقدين لا انعقاده فى حق الحكم بالاتفاق عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو اواخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهانى واما ما ذكره ذلك المورد فى علاوته من حيثية المخالفة لما سبق فى كتاب الاقرار فليس بتام ايضا لان المخالفة بين المقامين انما كما يظهر بالتامل الصادق ثم اقول لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثانى من جهة قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بل اكتفى بقوله وهو العقد لما تمشى الجواب الذى ذكره بترديد المراد بالانعقاد اصلا اذ يكفى فى اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحبا النهاية والعناية لحديث الانعقاد فى توجيه الاخير دون المنفعة بل اكتفيا بان يقال ان الابراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به فى بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكره ومن تحقق الضرورة فى جانب الاجرة ايضا اذ يكفى فى اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين معنى ناسب الى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا احدهما بالآخر كاف فى السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده فى مرتبة السببية فان انعقاد حكم الشرع يثبت ومنافى شرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية فى جواز التخلف كما فى معلولاتها فيجوز ان يقال العقد وجد والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة وبه صرح بعض مشايخنا فى تفسير قول ائمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية فى صدر هذا الكتاب فقلنا هناك نعم يجوز ان يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية فى معنى الانعقاد فى حق المتعاقدين دون الانعقاد فى حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا لكن لا يلزم فى توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الاخرى تامل ترشد قوله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها قال فى النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود احدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بان منعه المالك او الاجنبى او سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثانى ان يكون الاجارة صحيحة فان فى الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا يجب بمجرد التمكن من الاستيفاء فى المدة والثالث ان التمكن من المستاجر يجب ان يكون فى المكان الذى وقع العقد فى حقه حتى اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر فامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع ان يكون متمكنا من الاستيفاء فى المدة فانه لو استاجر دابة الى الكوفة فى هذا اليوم وذهب اليها بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء فى المكان الذى اضيف اليه العقد لانه انما تمكن بعد مضى المدة انتهى ثم قال صاحب العناية بعد ان بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للانحصار بعضها اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم والظاهر منه ان يباشر العقد الصحيح والفاسد يمنعه عن الاقدام من الانتفاع به وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش فى تسليم المعقود عليه فى مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب لا يشغلان عن الانتفاع فاقتصر على ذكر ذلك اعتمادا عليها انتهى كلامه اقول فى تحرير جوابه خلل اما اولا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يشغلان عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على ان حال المسلم يعقد الصحيح

لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجرة ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا **قال** وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر به وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا **قال** الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم

او على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة ايضا على ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فيرد ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى ويلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه باجنبي وهو قوله والعرف فاسق الى آخره وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى والاعتماد على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم ان لا يتم قوله فاقتصر من ذكر ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر ان ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار الاعتماد على الاعتماد على الحال والعرف فقط بل يصير علة ذلك هو الاعتماد على الحال والعرف وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع اما ثانيا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على ان الغصب ايضا مما يلزم التقييد المقتصر عن ذكره مع ان المصنف ذكر صورة الغصب صريحة كما ترى **قوله** لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في المدة لا يكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في البيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سياتي انتهى اقول في قوله كما في البيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر اذ قد عرف في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا واذا بيع سلعة بسلعة او ثمن بثمن قيل لهما سلما معا ففي صورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين الاخريين يستحق قبض البدلين معا واما انه لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع تماما فلم يقل به احد والصواب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استاجر اجيرا يعمل له في بيته وقال لو استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي تنعقد على العمل يتعقبها اثر في العين لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله الا ان يكون العمل الخياطة والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الحمال على قوله الاجر يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال وذكر الامام قاضيخان وكذا لو استاجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره وهكذا ايضا في غيرها ولكن نقل من التجريد ان الحكم ما ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد بالفضل الكرماني في هذا الحكم والله اعلم بما هو الحق عندي الى هنا كلام صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وارى ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس الكم مثلا او البدن او الذيل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم يكن الحصة معلومة الا بتعيينهما حينئذ فيصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد تم من مسئلة يستوجب اجره كما في كل الثوب والحمل على هذا محمل المصنف انتهى كلامه اقول ليس ما قاله بشيء اما اولا فلانا لا نسلم ان ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون لو عينا لكل جزء حصة معلومة بل يكون ايضا اذا كان له حصة معلومة عند اهل الخبرة بتوزيع اجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة فهو مراد صاحب الذخيرة فكما تنفع بما سنذكره وقوله اذ ليس للكم او البدن او الذيل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع ايضا نعم ليس لشيء من ذلك حصة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي ان يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع اجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما ذكر

[illegible]

مدة معلومة ماذا ... بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب اجره كما في كل الكتب لزم ان لا يكون فرق بين

... الخياط والصباغ فى بيته نفسه وبين ما اذا كان عامله فى بيت صاحب المال فى وجوب ايفاء الاجرة اذا كان كلام الاجر فى وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق

صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفى الاجارة التى ينعقد على العمل وحتى له اثر فى العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله ان كانت حصته ما استوفى

الا ان يكون العمل من الخياط والصباغ فى بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستأجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما فى الجمال

انتهى وما قال فلانه لا معنى لقوله ولعل هذا ما قصد المصنف الا ان ما ذكره المصنف يخالف قطعا المنطوق مما فى الذخيرة وهو وجوب ايفاء الاجر على المستأجر بقدر ما استوفى

من المنفعة لو كان العمل فى بيته وليس بمطابق الظاهر مفهوم قوله اذا كانت له حصة معلومة من الاجر بان لا يجب عليه اجر اصلا اذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة

من الاجر لان مدلول كلام المصنف ان لا يجب عليه الاجر ومعاقبا سواء كانت له حصة معلومة من الاجر اولا فانه قال وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر لا يستوجب الاجر

قبل الفراغ وكان فيما اذا عمل فى غير بيت المستأجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف فدل قوله وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر لا يستوجب الاجر

قبل الفراغ بلا خلاف على ان لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل فى بيته ايضا ولانه قال لما بينا ومراده به على

ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله لان العمل فى البعض غير منتفع به ولا شك ان ذلك يقتضى ان لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا

فانى يصلح ما فى الذخيرة لان يكون معتمد المصنف فى كلامه المذكور ولعمرى ان جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا سهو مهم محض فكيف ينبغى ان يصار الى مثله

فى توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كانه قصد دفع الوجه الثانى من الوجوه الثلثة التى ذكرناها آنفا الاختلال

راى الشارح المزبور ههنا حيث قال فى حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الى آخره وجه الفرق على هذا بين ذلك

وبين الخاط فى غير بيت المستأجر انه اذا خاط فى بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط فى غيره وقال فيه بحث فان الاستيجاب

بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب اجرا انتهى كلامه اقول جوابه عن بحثه ليس بتام اذ لا شك ان استيجاب الاجر يتحقق

بالفراغ ولهذا لو حبس الخياط او الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا اعطيك حتى تعطينى الاجر فله ذلك عند ائمتنا الثلثة كما ان للبائع ان يحبس

المبيع لقبض الثمن صرح بذلك فى الذخيرة وعامة المعتبرات وسيأتى فى الكتاب الا انه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط او الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ

من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشترى سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر فى استيجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل

وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع الى صاحبه كما ان ابتداء تحقق استحقاق الثمن فى البيع بتمام العقد وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع الى المشترى والكلام ههنا فى ابتداء تحقق

الاجر ولهذا قال فى الكتاب فليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل فلم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فانه فى امتناع الوجه الثانى من الوجوه التى اوردناها على ما ذكره صاحب العناية من تجويز الفرق

ما اذا عمل فى بيت المستأجر وبين ما اذا عمل فى غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس بتسليم فليس تامل **قوله** ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا

من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور قال فى العناية ذكر هذا البيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله

وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثانى ان فراغ العمل بماذا يكون انتهى اقول فيه شىء وهو انه قد علم من مسئلة الخياط آنفا ان الاجير المشترك

لا يستحق الاجر حتى يفرغ من عمله فيصير بيان الحكم ههنا تحصيل الحاصل فلا ينبغى ان يقصده العاقل فالوجه ان المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم

الثانى وهو ان الفراغ من العمل فى الخباز بماذا يكون وبيان ذلك انه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ولم يقل حتى يفرغ من العمل الخبز

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا

ولو كان مراده بيان المحاكمة معا فالحال كما هنا تدبر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز فيها انتهى اقول فيه نوع خلل لانه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة وانما ذكر ذلك في آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها من المستأجر كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للمستأجر وما لا يعد خلافا انتهى اقول فيه ايضا شيء فتأمل **قوله** ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة للدور والحوانيت لا صلة للاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا ان يقول عند العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص بذلك وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه وقال اكثر الشراح الى سمته في تصوير هذه المسألة غير ان صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز ان يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار اي يجوز استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله ان يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو من كلام القدوري الى هنا كلامه اقول فيما قاله تاج الشريعة كلام اما اولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة اصلا لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى او يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بانها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار او حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم في استئجار كل دار او حانوت ما ذكر في الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غني عن البيان غير خفي واما ثانيا فلان قوله لو نص بذلك وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استئجار الدار او الحانوت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو انفع للبناء من السكنى ينبغي ان يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما عرف والمستأجر اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره كما سيأتي في الكتاب ففيما هو انفع مما شرط في وقت العقد اولى ان لا يعتبر التقييد ثم الانصاف انه لو لم يقع في عبارة القدوري قيد للسكنى في وضع هذه المسألة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان اولى واحسن كما لا يخفى **قوله** لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه قد علمه صاحب الاصلاح والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال لانه العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فيصح لانه لا ينتظم قوله وله ان يعمل كل شيء سوى ما يوهن البناء الا في الاصل ان كل عمل لا يضر البناء مستحقة بمطلق العقد انتهى كلامه اقول ليس شيء من ذلك بشيء اما ما ذكره اولا فلان مراد المصنف وغيره ان العرف يصرف مطلق العقد الى السكنى وذلك لا ينافي ان الاعمال السكنى على اطلاقها فله ان يعمل كل شيء مما يضاف الى الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العقد الى اعمال السكنى وبين القول بان له ان يعمل كل شيء من اعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى انواعه ومنافعه وعدم التفاوت فيه فلا اضطراب في تعليل ما ذكره المصنف وغيره واما ما ذكره ثانيا وغيره فلانه لو كان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير الى المتعارف فيها وهو السكنى لزم ان يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى ايضا ولم يقل به احد بل صرحوا في عامة المعتبرات بانه ينصرف بالعرف الى عمل السكنى ونحوه وجعلوا عدم التفاوت فيصح العقد من غير بيان قالوا انه استحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل في الاستئجار يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة المفضية الى النزاع كما في استئجار الاراضي للزراعة **قوله** وانه لا يتفاوت فصح العقد قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مساس لهذا السؤال بالمقام لان الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى اقول فيه بحث لتفاوت السكان

لان المقصود لا يحصل الا به ... فيفسد العقد ... قال ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة ... والتسليم [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] قال [illegible]
[illegible] قال [illegible]
[illegible] قال [illegible]
قال ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ يساق السؤال بالمقام لما هو الباطل ما وقع في النسخ المشهورة قال لم ولكن قد يتفاوت السكنى
تتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت السكان منشأ لعمل سببا للتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى تنبيها عليه كررت السكنى تقريرا لسبب ...
ويرشد اليه قوله ووجه ... ان السكنى لا تتفاوت والعمل لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لا تتفاوت ولم يقل ان العمل ...
مدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه يتفاوت وكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متفاوت الى آخره انتهى
كلامه ليس بصحيح اما اولا فلان صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل اشتغل من لحاقه واما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سوال مقدر لا يدل
على صحته ولا دلالة بل يأباه اذ مقتضى هذه النسخة ان يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متممات ما قبله ...
قال هذا جواب عما عسى ان يقال الى آخره وان اراد ان المذكور في نقل العناية بعد لفظ الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك اذ ليس المذكور فيها الا ... نسخ
العناية عبارة وانه بدون اللام **قوله** لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءه قال اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان اعمال السكنى
يتفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر يوهنه كالامثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر انه لغى السكنى لا يتفاوت ويمكن ان يقال ان معنى
قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذي يغير البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فكان العمل من ذلك ما شاء فتامل
قوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة اقول لقائل ان يقول
في تعليل شائبة الاستدراك اذ يكفي تماما ان يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله انها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لا يليق بالمدعى ولا نفع له في اثباته
فالجواب انه لا بد في صحة عقد استيجار الاراضي للزراعة من امرين احدهما بيان انه يستأجرها للزراعة لانها قد تستأجر لغيرها ايضا فلا بد من نفي الجهالة وثانيهما
بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها ... اشار اليه مدلول قوله حتى يسمي ما يزرع فيها بناء على ان تسمية ما يزرع
فيها فرع التسمية بنفس الزراعة اشار الى تعليل كلا الامرين اى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها واما الى التعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم
يقع التعليل المزبور مستدركا بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفطن لهذه الدقيقة حيث قال في تقرير المقام ويصح استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها ولكن ينبغي
ان يذكر انه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد
من التعيين قطعا للمنازعة انتهى **قوله** فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق اعلم ان استيجار الدواب للركوب على ثلثة اوجه لان المستاجر
اما ان يقول عند العقد استاجرتها للركوب ولم يزد عليه شيئا او زاد فعلى هذا اما ان يقول على ان يركب من شاء او يقول على ان يركب فلان ففي الوجه الاول يفسد العقد
لان الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان اركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد
فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان ان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت بما آل استعمال وكما ارتفعت من الابتداء لان
عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة لكل جزء منه ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا هنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين
اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد
لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الاوجه كذا قالوا ثم اعلم ان الشراح اختلفوا في تعيين ان المراد بقول
القدوري فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء اي وجه من هذه الاوجه الثلثة فجزم فرقة منهم كصاحب النهاية وصاحب العناية ومعراج ...

(وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به وان استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها **قال** وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة)

بان المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو ان يقول على ان يركب من شئت فان المراد بالاطلاق التعميم مرة بدون التقييد بان يشخص معينه كما صرح به الامام الزاهد والامام المحبوبي بركوب الا انه في شرحيهما لمختصر القدوري وجوزه فرقة اخرى منهم صاحب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين احدهما آخر احوال الوجه الاول وهو ان الكتاب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا بان يكون معنى قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء لو اركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل اذا عرفت هذا فاقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة اعني قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضي ان حمله المصنف على الوجه الثاني فقط لانه انما يتمشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الاول اذ لا شك ان علة انقلاب العقد الى الجواز في الوجه الاول انما هي تعين المعقود عليه بقاء لا الاطلاق وانما الاطلاق علة الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم علل المسئلة بما علل به المصنف حيث قال فان اطلق بان قال على ان يركب ويلبس من شاء جاز له ان يركب ويلبس من شاء عملا بالاطلاق انتهى تدبر **قوله** وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم كلاهما مثال لما هو اقل في الضرر واما مثال ما هو مثل في الضرر فكما اذا سمى خمسة اقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة اقفزة حنطة اخرى وانما ترك هذا في الكتاب لظهوره وقال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعير والسمسم هذا لف ونشر فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير فيهما من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح الكاكي كما هو دابه في اكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة في الضرر ويرجع قوله والسمسم الى قوله او اقل وليس ذلك بشيء لان الشعير ليس مثل الحنطة بل اخف منها ولهذا لو شرط ان يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلها لما ضمن كما لو شرط ان يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو وبقدر ذلك الكيل بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله او اقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه اقول فيه بعد واضح لانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون السمسم مثل الحنطة في الكيل ولا شك ان المراد بالمثل والاقل ههنا ما هو مثل واقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب وانما يكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السمسم والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل امر بديهي فكان صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية ايضا من حيث الكيل ثم رد ما قاله ثم يرد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما افصح عنه صاحب الغاية **قوله** وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء الا ان قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ويدل تعدية الكلام صيغة التمريض انتهى اقول ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك بل ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه في اعتبار عدد الراكب في الآدمي لا الثقل هو ان الآدمي يخف من له علم بالفروسية وعن هذا قال شمس الائمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا اردف مثله وما اذا اردف صبيا يضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان بمنزلة الحمل كذا في التتمة الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقرر في عامة المعتبرات الفتاوى وناهيك قول شمس الائمة الحلواني ذلك والامام المحقق ومن العجائب ههنا انه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقبان قال

الغاية

ولا الاجر [illegible] لا يعلم مقدار [illegible] المعتاد للفعل تحت مطلق العقد كان حاصلا باذنه [illegible] بشرط السلامة
[illegible] [illegible] في الطريق [illegible]
[illegible] [illegible] [illegible] الى الحيرة [illegible]
[illegible] [illegible] والقربان والودع [illegible]
[illegible] [illegible] [illegible]
[illegible] [illegible] السرج [illegible]
[illegible] [illegible] السرج على الحمار يضمن لانه [illegible]
[illegible] [illegible] [illegible]
[illegible] اذا كان يوكف مثل الحمار كان هو والسرج سواء [illegible] لانه اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة
لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى [illegible] الا اذا كان ليس [illegible]
السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفا

قوله صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون نقله الشارح العيني قال فيه نظر دقيق شاهد به كثير من الناس زنوا انفسهم بالقبان بعير فلا وزنها ولكن لا ينضبط بما على ما لا يخفى انتهى وكانه زعم ان مراد صاحب الكافي انه لا يمكن ان يوزن الآدمي بالقبان اصلا وهل يوجد في العالم من المكابرات القائمة بذاتها حتى لا يمكن ان يوزن بعلمه الا ان يكون مجردا او حسبانا فيما قوله وقوله الاصح اذ الفعل فيما استعار قال ان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الى آخره قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف فعل او مطلق العقد لا يدخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لان المراد لان العقد المطلق يتناوله وغيره انتهى كلامه وقد تعرض بعض الفضلاء في كل من جانب السؤال والجواب اما في الاول فبان قال ويجوز ان يقال المراد بالدخول عدم الخروج واما في الثاني فبان قال ولعل الاولى ان يقول اي الفعل المتعارف انتهى اقول كل من تعرضيه ساقط اما الاول فلانه لو كان المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه يعين التسامح في العبارة واما الثاني فلانه لو قال في تفسير المعهود اي الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص هو ههنا الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وان اراد بالفعل المتعارف في ما تفسير الكبح المتعارف او الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج الى تقرير آخر في تحصيل المراد مال الا وهو ما في العناية كما لا يخفى قوله وفي الاجارة والاعارة يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود فانه لما جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين اجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بان مرادي في الاصل فنقول لا يبرأ بالرد الى احد هذين الا من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر واسبب غاصب الغاصب الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل انتهى اقول يرد عليه ان قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر ما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك مع انه ينتقض بلبس الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا ان يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالمعنى ان الغاصب لا يبرأ بالرد على احدهما الا بالعفو ما ينافيه جواز ان تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال فكيف يستقيم الحصر المذكور عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه قلنا صحته بالنظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر انتهى كلامه اقول ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بان يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او نائبه فهو لا يبرأ عنه الا باحدهما ولم يوجد ههنا شيء منهما فلو صحت الكبرى بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على احدهما لا ان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على احدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه منه وجه فان قيل يجوز ان يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة ففعل ما فعل لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المذكور مساس بكلامه ايضا قلنا فلا يصح الحصر المذكور [illegible]

قال الكاتب [illegible]

[illegible]

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي [illegible] بالغا ما بلغ اعتبارا [illegible] ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له [illegible] بما اتفقوا [illegible] لا يجب زيادة المسمى [illegible]

الى ما نحن فيه ايضا فلا يتم المطلوب فالمخلص في الجملة تصحيح ما في الغاية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما نبهنا عليه من قبل قلت في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لان يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن ابان في الطعن في جواب الكتاب فكنا نقول يرجع بالضمان بغرور التمكن بعقد المعاوضة وذلك دليل على ان يده ليست كيد نفسه كالمشتري في ضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما ان منفعة النقل في الرد ما له الى المستأجر في نفسه لانه هو المنتفع في استمساك العين المستأجرة لو لم يكن له مستمسكا بالعين نفع لما اختار استمساك العين على ما له من الاجرة انتهى وعلى هذا المنوال ذكر صاحب معراج الدراية الجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في الغاية قبل الحاق العارية بالاجارة تقريبا وكذلك العارية وعكسه ليس مستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الالحاق بين الشيئين من كل وجه يمتنع لتعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف في الالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن المخالفة اليه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة انتهى اقول ليس هذا الجواب بمستقيم لان الاتحاد في المناط المذكور غير كاف للالحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك الذي عده مناطا للالحاق في حكم الضمان فان يد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدي المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي ان يضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحدة من الاجارة والعارية بالاخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة ودفع ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلنا انفا **قوله** كما اذا حمل الحديد قدر ما يحمله الحنطة قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا عين ذلك مثل ان القطن لانه ينقص من ظهر الدابة ما ينبسط وهذه مسئلة

وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد بقدر وزن الحنطة المشروطة لا يأخذ من ظهر الدابة قدر ما يأخذه الحنطة وهذا ظاهر انتهى اقول بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما يأخذه الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستأجر على الدابة وهو الحديد اقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الحنطة وكان فيما نحن فيه ما وضعه المكتري على الحمار وهو الاكاف اكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو الشرج وهذا عكس ذلك لا محالة

باب الاجارة الفاسدة قد اخر الاجارة الفاسدة عن صحيحها لاحتياج الى معرفة نوعي العقد صحيحا وفاسدا الى ما لا يخفى **قوله** والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى قال جمهور الشراح اي الواجب فيها هو الاقل من اجر المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بالشرط اما اذا فسدت بجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان قوله والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الى آخره لفظ القدوري في مختصره ولا دلالة لسياق كلامه

ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا تنتهي له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح فلو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال وان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه وليس للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشائخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج

ان يكون اللام في قوله المذكور للعهد من قوله الاجارة تفسد بالشرط كما يفسد البيع لم يذكر في مختصر القدوري قبيل قوله المذكور بل ذكر قبيل مقدار ورقتين وقد وقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلا معنى لان يجعل سياق الكلام منه يجعل اللام في قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام القدوري واما ثانيا فلانه لو كان اللام في القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم ان يكون المذكور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وان يكون حكم باقي انواعها وهو ما فسد بجهالة المسمى وما فسد بعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند ابي حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين اصلا لا في المختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتبرات وهذا مما لا يقبله الفطرة السليمة واما ثالثا فلانه ان انفع يجعل اللام في القول المذكور للعهد ما يتمشى على الوجه الذي ذكره يرد عليه ان يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الاقل من اجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا استاجر دارا او حانوتا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستاجر فان الواجب على المستاجر هناك اجر المثل بالغا ما بلغ صرح به في فتاوى قاضيخان وغيرها وذكر في النهاية ايضا نقلا عن فتاوى قاضيخان الى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل ومن المسمى ثم اقول الحق عندي ان اللام في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق او الجنس وانه لا حاجة الى تقييد الحكم المذكور بما فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجرة المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان عدم مجاوزة المسمى انما يتصور فيما اذا كان هناك اجر مسمى او كان المسمى مجهولا لا يمكن ان يجاوز المسمى بشيء اصلا للقطع بان المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغو ان يقال هناك لا يجاوز المسمى باجر المثل فصار ملخص المعنى ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الا ان يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل تجب الاقل منهما فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب اجرة المثل بالغا ما بلغ ان لم يكن هناك مسمى معلوم ووجوب الاقل من اجرة المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل ان الشراح جعلوا وجوب الاقل من اجرة المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز به المسمى وابقى اوله على ظاهره وهو وجوب عين اجر المثل كما فعلنا وكان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفا بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتامل وكن الحاكم المنصف **قوله** ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا لجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقادها في اول الشهر فقبل الانعقاد كيف الفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السوال والجواب اقول في الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان في اول الشهر الا ان عقدها قد تحققت في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في اول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانعقاد الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهو العقد ان الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز الانفكاك كما هو معلوم اما فلم لا يجوز الفسخ قبل اوان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد ولما جاز فسخ الاجارة الصحيحة ايضا بعذر او عيب قبل استيفاء المنافع تماما فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه مع انه لا شك في جواز ذلك كما مر جوابه فالبحث وسيجيء في الكتاب **قوله** واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح قال صاحب البرهان

وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره

وفي الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان ابا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر فان سكن يوما او يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشائخ في تخريج المسئلة لبعضهم قال اراد بقوله جائز ان الاجارة في الشهر الاول جائزة فاما فيما عداه من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في راس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول وهذا لان محمدا رحمه الله اشار في الكتاب الى ما يدل عليه فان جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول اما وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر وانما يثبت الخيار لكل واحد منهما راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة وبيانها ان موضوع الاجارة ان لا تزيل الرقبة من ملك المؤجر ولا تجعلها ملكا للمستاجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما راس الشهر يزول رقبة المستاجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها ابد الدهر لانه لا نهاية لجهالة الشهر وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الامام المشائخ بعد هذا اختلفوا في كيفية امكان الفسخ لكل واحد منهما راس كل شهر وانما اختلفوا لان راس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل الهلال مضى راس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك فمتى وقت الفسخ وقت الهلال وبعد ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجئ وقته والصحيح في هذا احد الطرق الثلاثة اما ان يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي المدة فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر فاذا انقضى الشهر واهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول ابو نصر محمد بن سلام البلخي ونظير هذا ما قاله محمد رح في البيوع اشترى عبدا على انه بالخيار فحم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى ان يزول الحمى شرط ان الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى ان يصير مال المضاربة دراهم او دنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا او يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا او يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال فانما اراد به راس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا كما قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال او في يومها لم يحنث استحسانا الى ههنا لفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا ونقله صاحب الغاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه اقول لقائل ان يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الائمة في وضع هذه المسئلة فان محمدا رح قال في الاصل ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر والامام قاضيخان قال في فتاواه رجل اجر داره او حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما ان يفسخ الاجارة عند تمام الشهر [illegible] قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة ولا يخفى ان مقتضى هذه العبارات ان يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذينك الطريقين على ان يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه واقول يمكن ان يقال نفاذ الفسخ وتاثيره في ذينك الطريقين ايضا عند ان ينقضي الشهر الاول ويهل هلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الاول فيجوز ان تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على ان ظهور اثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني وهذا غاية ما يمكن توجيه الطريقين المذكورين ثم ان

لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال
فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله
وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها وله انه متى تم
الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام
اما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه
عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استئجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو
ان يؤاجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه قال ولا الاستئجار على الاذان والحج وكذا
الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين
على الاجير لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله عليه السلام الى
عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تتعين اهليته فلا يجوز له
اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح

فيه عنه ظاهر اللفظ ثم ان الامام الزيلعي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسألة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث ايضا التعامل الناس من غير نكير منكر الا ان لكل واحد منهما الفسخ براس كل شهر لنوع ضرر حيث قال في شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى اقول بل لا معنى لما قاله الزيلعي لان التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فهو من قبيل الاجماع وفيما نحن فيه قد وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي ينافيه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح للمعارضة للدليل القطعي اصلا فضلا عن ان لا يعتبر القطعي في مقابلته على انه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد في راس كل شهر فكيف يقع النزاع قوله لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء قال صاحب العناية في تعليله لا ذكر الشهر منكرا او معرفا اقول فيه ركاكة لا يخفى اما اولا فلان المذكور في مسئلة الكتاب هو السنة دون الشهر واما ثانيا فلان المذكور في مسئلة الكتاب ايضا منكر مع ان جواب مختلف المطلوب في تعليل ذلك ان يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اولا منافاة بين الاجارة وبعض منها اصلا فان التعليل بعدم الفارق بين المسئلتين هو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال قال صاحب العناية يهل بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول اي يبصر الهلال وقال المراد به اليوم الاول من الشهر ولهذا جاء في بعض النسخ في تفسيره حين يهل يعني اراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل اول الليلة الاولى من الشهر انتهى كلامه اقول نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله اي يبصر الهلال فيقتضي هذا التفسير كلا معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو اول الليلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله اراد به اليوم الاول نفس معنى قوله حين يهل الهلال اذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعا بل مراده بذلك بيان ان ليس المراد بقوله حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو اول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معنى مجازي وهو اليوم الاول من الشهر ونظير هذا ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد محمد رحمه الله براس الشهر في قوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل راس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المذكور اصلا قوله لان القربة متى حصلت وقعت على العامل الى آخره اقول ينتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري انتهى فان ذلك صريح في وقوع القربة عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل ولان القربة متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره انتهى اقول يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي ايضا في اول باب الحج عن الغير من ان الاصل ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة كانت او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل ثواب تضحية احد الشاتين لامته انتهى فليتامل قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح اقول فيه بحث لانه ان اريد ان المعلم لا يقدر على التعليم مستقلا اصلا فهو ممنوع فان التلقين والالقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم وانما وظيفته الاخذ والفهم وان اريد ان للمتعلم ايضا مدخلا في ظهور اثر التعليم وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما القاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه اثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه

سائر الملاهي [illegible]

وبعض مشائخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى **قال** ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا تجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه ولهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وفيما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يجوز في رواية الحسن عنه ولو كان الشيوع طارئا فلا يفسد في الصحيح لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ

ما يقدر عليه الفعل الآخر والمنع من اخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التسليم والتعلم متحدان بالذات متغايران بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيؤول اخذ الاجرة على التعليم الى اخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات غير مسلم والمنع بل غير مسلم ولو سلم كفى التغاير الاعتباري لنا اذ لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فلا يكون اخذ الاجرة عليه كذلك فتامل **قوله** وبعض مشائخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن عليه الفتوى اقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشائخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والثالث المارين آنفا ان لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستيجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستيجار في ذلك الامر وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتامل في دفع هذا الاشكال العويص فلعله مما تسكب فيه العبرات الى الآن لم يعلم صحة ذينك الدليلين **قوله** واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك الى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام العقد بواسطة الملك فهو متاخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء بما يتاخر عنه ثبوتا كذا في العناية واعترض بعض الفضلاء على ما في العناية وعلى ما في الهداية اما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق التسليم به فكما ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ انتهى واما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتاخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه انتهى اقول كل واحد منهما ساقط اما الاول فلانه كلام خال عن التحصيل لان ما ذكر ههنا من قبل ابي حنيفة ليس مبنيا على ان يكون مدار ما قاله صاحباه على ان التهايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة بل قالا يتحقق التسليم به بل ذلك مبني على قولهما او بالتهايؤ في قولهما والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهايؤ فيرد عليه من قبله ان يقال ثبوت التهايؤ بل ثبوت القدرة على التهايؤ متاخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرطا لجوازه فكيف يمكن ان يكون ثبوت المتقدم بثبوت المتاخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غبار عليه اصلا واما الثاني فلانه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشيء بما يتاخر عنه ثبوتا كما في الاستدلال من الاثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لا محالة اذ لا شك عاقل في ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ ان يثبت العلم بامكان التسليم بالتخلية او بالتهايؤ بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم اي القدرة عليه بالتخلية او بالتهايؤ وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك فكان المراد به ايضا ما اريد هناك **قوله** وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق ظاهر الا ان يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما او من رجلين لكن في قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين نبوة عن ذلك لا يعرف بالتامل انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل ابي حنيفة وهو ان الشيوع لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك ايضا ولا شك ان لهذا تعلقا ظاهرا بما نحن فيه من غير احتياج الى ان يجعل تمهيدا لما بعده **قوله** وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال تاج الشريعة فان قلت الشيوع مقارن لا طارئ فانما عقد مضاف تنعقد ساعة فساعة فكان الطارئ كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا انتهى كلامه ورد صاحب العناية جوابه حيث قال فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانه عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم

ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر

في الوكالة يعلم انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول الابقاء العقد فيها انتهى اقول كل من اصل ورده وعلاوته فاسد اما الاول فلان قوله وهنا العقد لازم ناظر الى قوله دون وجه اذ الى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه ما بنى فمعنى الجواب ان بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون بقاؤه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن بقاؤها حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطاري كالمقارن فالحاصل ان مدار الجواب المذكور على الفرق بين الشيوع الطاري والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى قال في تقرير الجواب قول المجيب من وجه ولم يرد ان الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال بل يكون مقويا له كما لا يخفى على الحاذق واما الثاني فلان ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع فيه احد فان الاصل هنا ان العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط احدهما بالآخر باق شرعا ببقاء العين المستاجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة منكشف بما ذكر ههنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطاري بان آجر رجل من رجلين ثم مات احد المستاجرين او بان آجر رجلان من رجل ثم مات احد الموجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الحادي عن خالد بن صبيح عن ابي حنيفة رحمه الله لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فمنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طاري والشيوع الطاري ليس بنظير المقارن كما في الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار ايضا فتنبه **قوله** ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة قال في النهاية علم ان القياس يابى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة لو استاجر شاة او بقرة مدة معلومة باجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوزناها استحسانا لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء وذلك جائز كما لو استاجر صباغا ليصبغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز ان يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم تكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا يخرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة ترد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية اقول هذا تحرير ركيك بل مختل لان المشايخ قد كانوا مختلفين في ان المعقود عليه في استئجار الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن تبع كالصبغ في الثوب وقال بعضهم هو العين وهو اللبن والخدمة تابعة على ما سياتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغي ان يقال في المسئلة المتفق عليها ان القياس يابى جوازها ولكن جوزناها استحسانا فيذكر في وجه القياس ما يختص باحد القولين في معنى تلك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى انه لا يصح على احد القولين وجه القياس ولا يصح على القول الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على ان ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس اصلا لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تامل تقف **قوله** لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن قال الشراح يعني بعد الطلاق اقول الاولى ان يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير

والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بعد هذا ان شاء الله

قال صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى اقول ليس فيه ما يدل على انه لا يجوز بعد الطلاق البائن ايضا قبل انقضاء العدة في رواية وهذه التي اختارها في الكتاب فيما مر عن هذا قال المصنف هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية انتهى فتدبر **قوله** والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا الى آخره القول الاول اختيار صاحب الذخيرة والايضاح واختاره المصنف ايضا كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض المتاخرين ان المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه فاما اللبن فتبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام ثم قال والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما اعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد ان راى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد ان دفع تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع والقيام بمصالح الصبي على وجه خاص يتعلق بامور وسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة يعقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا انه يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك الى هنا كلامه اقول فيه كلام ليس بصحيح اذ في كلام محمد ما يدل على ان استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بان يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا الا يرى ان الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعا مع انه مما يجوز بيعه قطعا ثم ان الشارح العيني ههنا كلمات كثيرة مزخرفة ذكرها تعصبا لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي وردا على صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبينا حالها التزمنا الاطناب بلا طائل ولكن لا علينا ان نذكر شيئا من اولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية والعناية قلت قول شمس الائمة السرخسي هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان تحدث شيئا فشيئا مع بقاء اصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده والعرية لمن ياكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار اصحاب محمد وابي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة اقول كل ما قاله في الاول والآخر فاسد اما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا ان لا يكون لها بقاء زمانين بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك ان هذا المعنى ليس بمتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا امر مقرر عند الفقهاء قاطبة وما ذكره من النظائر والتشبيهات مما لا يجدي شيئا اما صورة العارية فلان العين هناك باق على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بما نحن فيه واما الصورتان الاخريان فان العين فيهما وان كان مملكا للغير لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة او العطية

فان كانت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة **قال** ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا:

فلا فائدة لها فيما نحن فيه اذ الكلام في ان عقد الاجارة ايرد على الاعيان لان شيئا من العقود لا يرد عليها واما ما قاله في الآخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مما لا كنه مما لا يخفى من كتبهم مذكورا في مواضع شتى قد صرح به الشارح فاتحة حتى ذكر الشارح نفسه ايضا في كتاب الاقرار ولا شك ان مراد صاحب الغاية ايضا بما يقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية انه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد رحمه الله التي هي الرواية المعتد بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعا وما الشبهة فيها الا من الغفول عن اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكانه يسمي ما قدمت يداه **قوله** مراده اثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين اقول فيه نظر اذ لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ايهم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستيجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستيجار على الخدمة اي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستيجار على الخدمة يقع على المنفعة مقصودا لا محالة وفي استيجار الظئر يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار احدهما بالآخر فالحق ان مراده بقوله ما ذكرناه ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني ومن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة واخر ذكر القياس لان هذا ان اثباتها بالكتاب والسنة يتمشى على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا باصل المسئلة واما اثباتها بالقياس فيختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده وموافقا للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب الغاية بقوله فان قيل قد علم من اول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم **قوله** ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها قال صاحب النهاية هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه اي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة انتهى اقول ليت شعري كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المصنف بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ ويقبل هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا اقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه في ذلك اللفظ اي لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الامام الزيلعي جاز ان يفهم منه اصل المعنى الذي ذكره المصنف وهو قوله ان يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه اصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانها كما نبه عليه الامام الزيلعي حيث قال لكن لا يفهم منه انه اعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم لا غير انتهى واما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الاجرة مع المعنى الذي ذكره المصنف في اوله والتفصيل زائد على ما في اولها المعنى الذي ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في افهام البعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعدم افهام البعض الآخر منه وايضا والا كان ذلك المعنى الذي ذكره صاحب النهاية اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا وجه لرد الثاني وقبول الاول وقال صاحب الغاية بعد نقل ما قاله صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا بل الى ذلك انتهى اقول لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقدير بدلا بعد ان اخذت كلمة ان يجعل مفعوليها ركيك من حيث اللفظ والمعنى فعليك بالتامل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر لبعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز ان يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض اي للطعام او المراد بالتسمية هو التعيين اي يعين الطعام بدراهم والتعدية الى دراهم بنفسه باعتبار

[illegible] البيع [illegible] الكسوة يشترط [illegible] السلم الا [illegible] في الذمة

[illegible] قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة [illegible] صيانة لحقه الا ان للمستاجر ان يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها [illegible] ولهذا كان لهم [illegible] وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فعلى الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة فان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بالعمل المستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لاختلاف العمل قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عنه وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه

ومعناه الاصلي تامل ثانيا كما اسلفنا كما ان التسمية تجرح اما الاول فلانه قد تقرر في علم النحو ان حذف حرف الجر مع غير ان وان انما يجوز فيما سمع نحو ذهبت الشام اي الى الشام وبقاه الخبر اي بقي له واما فيما لم يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف الجار من اياك من الاسد اذ لم يسمع ومن هذا قال ابن الحاجب ولا تقول اياك الاسد لامتناع تقدير من وفيما نحن فيه ايضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض اي حذف حرف الجر ولهذا لم يعتبر من المصنف وغيره من الثقات هذا التوجيه مع ظهوره وتبادره واما الثاني فلانه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي والا يلزم الجمع بين معنيي التسمية وهذا الجمع سواء كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين او حقيقة في احدهما مجازا في الآخر اذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الاصول **قوله** ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان قال كثير من ثقات الشراح في شرح قوله اوصافها اي اوصاف الطعام على تاويل الحنطة انتهى اقول فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها فكيف يتم تاويل ذلك بالخاص في مقام الاستدلال على العام والحق عندي ان مرجع الضمير هو الطعام بتاويل كونه اجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى لان هذه الاجرة اوصافها او اوصاف اثمان فلا يشترط تاجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكره والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تاجيله اي تاجيل الطعام المسمى اجرة سلك في تاويل تانيث ضمير اوصافها مسلك سائر الشراح من التاويل بالحنطة وقد عرفت حاله **قوله** فان هذا ايجار وليس بارضاع في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم اي يصب يقال منه وجرت الصبي واوجرته بمعنى انتهى اقول لقائل ان يقول اذا كان هذا ايجارا لا ارضاعا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع هذه المسئلة وان ارضعته في المدة بلبن شاة بل الظاهر ان يقول وان اوجرته بدل وان ارضعته اللهم الا ان يحمل على المشاكلة بمقابلة مسئلة استيجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تامل فان قيل الظئر اجير خاص او اجير مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او من ثيابه شئ لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا يرى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير امين فيما في يده انتهى ويحتمل ان تكون اجيرا خاصا وان تكون اجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها فان اجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيا لهم ولا يعلم بذلك اهلها الاولون حتى ارضعت كل واحد منهما وفرغت فقد اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين انتهى ووجه الدلالة على احتمالها انها لو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر وحدها من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا ولما اثمت بما صنعته ولو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تاثم فكانت فيما قلنا بانها تستحق الاجر كاملا شبيها بالاجير المشترك وبانها تاثم تشبيها بالاجير الوحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية هنا واقتفى اثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها اجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه انتهى اقول نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها في المدة وتنويره بقوله الا يرى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعا على انها اجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز ايجار النفس من غير المستاجر من خواص الاجير الخاص واما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز ان يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي ان تكون هي عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب ان يقال ان قدم المستاجر ذكر المدة بان يقول استاجرتك لترضع ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استيجار الراعي انتهى اقول ليس ذلك الجواب بتام اذ يرد عليه

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو
بعض المنسوج أو المحمول وحصوله بفعل الأجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث
لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر

أن يقال لو كانت الظئر أجيرا خاصا لما صح الإثبات فيما إذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحقت الأجر كاملا إذا آجرت نفسها من قوم آخرين فأرضعت صبيهم مع أنها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما ذكرنا عن الذخيرة وذكر في سائر المعتبرات أيضا وبعين هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني إنما استحقت الأجر كاملا على الفريقين وهذا إشكال إذا قال أب الصغير للظئر استأجرتك لترضعي ولدي هذا بكذا لأن الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لأنه أوقع العقد أولا على العمل أن ترضع فيما إذا قال لها استأجرتك شهرا لترضعي ولدي هذا يكون الأمر أجير وحد في هذه الصورة لأنه أوقع العقد على المدة أولا وليس للأجير الوحد أن يؤجر نفسه من آخر وإذا آجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأثم والوجه في ذلك أن أجير الوحد في الإرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل لكل واحد منهما تاما كما في الخياط والقصار ثم لو كانت أجيرة وحد من كل وجه لم تستحق الأجر كاملا على الأول وتأثم بإرضاعه ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الأجر كاملا ولم تأثم فإذا كانت بينهما قلنا بأنها تستحق الأجر كاملا لشبهها بالأجير المشترك وقلنا بأنها تأثم لشبهها بالأجير الوحد انتهى فقد ظهر أن بمجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر أجيرة وحد من كل وجه فلا بد من التفصيل باعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني وما اختاره الشراح في الجواب فتبصر **قوله** وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات لا سيما في ديارنا قال صاحب العناية فإن قيل إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قيل لا لأنه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف انتهى وقال بعض الفضلاء سيجيء من المص في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث ألحق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه انتهى أقول وما سيجيء من المص في أوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية فإن المصنف بين في أول كتاب المزارعة أن المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله وجائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع انتهى ومقتضى ذلك أن لا يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل إنما يقتضي أن إلحاق المزارعة بقفيز الطحان من وجه أي من حيث إنها استيجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في الدليل لأبي حنيفة رحمه على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه أي من حيث إنها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في الدليل للإمامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فإنه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لأنه استيجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلا جرم أنه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجيء من المص هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لأن فيما نحن فيه قولين أحدهما أنه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وثانيهما أنه موجب القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الأئمة الحلوائي وأستاذه القاضي الإمام أبي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا فما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي قطعا وما ذكره المص في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الأئمة الحلوائي وأستاذه فإذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسألة فلا بأس بها **قوله** وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل إلى آخره قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسألة مع دليلها المذكور ههنا قالوا وفيه إشكالان أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو دينا على ما بيناه من قبل فكيف تملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني أنه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة فإذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى كلامه أقول كلا الإشكالين ساقط أما الأول فلأنه لا ريب أن وضع المسألة فيما إذا سلم إلى الأجير كل الطعام كما نص

لان ما من جزء يعمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا اجر له لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه
حط الاجر ... اذا استكرى الى الاهواز ... العلماء ... السمي ... فلم يتم الحط قال ومن استاجر
... المعقود عليه ... قال ابو يوسف ... لانه ... المعقود عليه ... ويجعل ذكر
... المعقود عليه ... لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ...
... المعقود عليه العمل ...
وهو اليوم ... قال ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة الا
بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها او
... فهو فاسد لانه ... مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان
مؤاجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان
يردها مكروبة ... وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين
لا يبقى منفعته ... الابقاء ... الانتفاع ... في العام القابل قال وان استاجرها ليكريها
... ولا يصير ...

قولهم في تعليلها الا ان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل او تعجيل الاجر انما يكون بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من الثقات منهم صاحب النهاية ومعراج الدراية
حيث قال الا ان ههنا مسئلتين احديهما ما اذا استاجر رجلا ليحمل له كر حنطة الى بغداد مثلا بنصفه كانت الاجارة فاسدة وللاجير مثل الكر الذي بلغ الى بغداد ولا يجاوز به قيمة نصف الكر والثانية
ان يستاجره ليحمل نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا اجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه
بالنصف الآخر هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير انتهى واما الثاني فلان المنافاة بين قولهم ملك الاجر في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر
ولا يجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول انه ملك الاجر ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر لبطلان العقد قبل العمل
بعد ان ملك الاجر بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل ايفاء شيء من المعقود عليه ولا يذهب عليك انه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منشأ لوقوع
الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي حيث
قال واما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استاجره ليحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فانما سلمه اليه على سبيل التمليك لنصف الكر من قبل ان المال
نصف كر مطلق لا نصف كر محمول الى بغداد فصار تسليم الكر اليه تعجيلا للاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا
في الكر قبل ايفاء شيء من المعقود عليه لما ان ما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتدأ العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستاجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة
لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر انه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذينك الاشكالين
الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان ... الى ... هو كذلك بتعليل فقولهم ملك الاجر في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام
لو وجب الاجر في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر
وكل ما لزم من وجوده عدمه انتفى وجوده الى انتفاء ملزومه فيكون باطلا فكذا هذا انتهى كلامه قوله لان ما من جزء يعمله الا وهو عامل لنفسه قال بعض الفضلاء
فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره ايضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا ان يحمل على المبالغة في التشبيه اي هو كعامل لنفسه انتهى
اقول هذا البحث غير متمش اصلا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط اما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه
كما هو عامل لغيره ايضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في توجيه البحث ههنا توسيع الدائرة بان يقال ان كان
المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر في فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب
وسياتي تتمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح
اقول للقائل ان يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة الراعي على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى
على ما ذكر فما فرق ههنا فتأمل قوله لان مستاجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير الى آخره قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على اصل المدعى فالظاهر ان يقال
ولان بالواو انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان قوله لان مستاجر الارض الى آخره دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد لا على اصل المدعى فالمتعين
ترك الواو كما وقع قوله وقيل ان يكربها مرتين في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة قال الشراح انما قيد بهذين القيدين
اي بالكراب مرة وبكون المدة سنة لانه اذا شرط ان يكربها مرتين في موضع لا يخرج الارض الريع الا بالكراب مرتين او كانت تخرجه بالكراب مرة الا ان
مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني لا يبقى فيه منفعة لصاحب الارض فيجوز

ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رح

وعبارة العناية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم تجاوز اثره بعد المدة قال بعض الفضلاء وانت خبير بان الثاني ايضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستاجر حيث لا يتاتى له المدة الا به انتهى اقول ليس شئ من شطري كلامه بسديد اما شطره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فالاشتراط الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد لتحقق حصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب مرة اخرى وما يحصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته واما شطره الثاني فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة فمن يقول العاقل بانه لا يتاتى الزراعة هناك الا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستاجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة كانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه اصلا للمستاجر لان لا نفع له فيه والا لا يتم التقريب كما لا يخفى **قوله** ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة الى هذا اشار محمد رحمه الله تعالى روي ان ابن سماعة كتب من بلخ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجبائي اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل والتعليل لابد ان يتكلم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وفي الفوائد الظهيرية وذكر في عامة شروح هذا الكتاب ايضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن شرط الاجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور فيما وله وجود في الحال وليس كذلك فيما نحن فيه لكنه فان كل واحد منهما معدوم بل يحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانها لما انعقدت على عقد تاخر المعقود عليه فيه وحدث شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به الا ان فيه احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان فيما شبهة الحرمة فبالالحاق يكون شبهة الشبهة وهي ليست بمعتبرة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم يصح انما تقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصح تحقق النساء فيه وهو لزوم وجود احدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه اقول في الجواب عن الوجه الثاني بحث من جهتين الاول انه اذا اقيم العين مقام المنفعة في احد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا يتحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني ان هذا الجواب ينافي الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب ان يكون المعقود عليه فيه نفس المنفعة لانها الذي يتاخر ويحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فمدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مرتبا على الحقيقة والثاني مرتبا على الحكم والثاني في الحكم بل احتيال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون اوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما امكن ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يسلك طريقا آخر وهو ان يقال المدعي ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا او دون الآخر او لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى اقول فيه ايضا بحث لانه ان اراد بالمعقود عليه الذي ردده وهو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد يكون

ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس الى ما يتلف حتى يفسخ قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده ويجوز بيع العين شائعا فصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب

قوله فان لم يكن كذلك اى ان لم يكن المعقود عليه غير متعين لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد اجارة ولهذا كان القياس يأبى جوازه والانما جوزناه لحاجة الناس اليه فاستقام ان يقام مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها لتربط الايجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الاجارات فلم يكن ما هو المعقود عليه حقيقة متعينا في عقد الاجارة قط وان اراد بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة نختار الشق الاول من الترديد ويكون قوله فان كان لزم الفساد وهو تال غير تام لان الفساد انما يلزم عند اتحاد الجنس على تقدير ان يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا يتحقق المجانسة بين البدلين كما عرفت فيما مر آنفا واعترض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم الفساد وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزاما على الباعث فانه يختار الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بان مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتأمل اقول هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشئ بجنسه الذي يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال ان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان العقد موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا كيف يخفى على مثله ثم ان الامام الزيلعي استشكل اصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على هذا فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس ايضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس الا ان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبيل وجوده لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت نقد ستوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور النساء فعلم بذلك ان الاحتجاج غير مخلص انتهى كلامه اقول كل من وجهي اشكاله ساقط اما وجه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس ايضا قوله لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنفعة ليست بدين اذ الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة نص بذلك في النهاية بل في عامة الشروح واما وجه الثاني فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع الا ان نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط احدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد وتأخر معلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف فمعنى انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة ان عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لا ان نفس العقد يتكرر ساعة فساعة اذ لا شك ان الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كله مما يعرف في صدر كتاب الاجارة فقبيل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا انه يتحقق نفس العقد فحين ان تحقق نفس العقد وهو ان صدر عن المتعاقدين تحقق النسيئة في المنافع قطعا فيبطل العقد فيما اذا كان البدلان منفعة متحدة جنسا كما فيما نحن فيه ويظهر قوله فكيف يتصور فيها النسيئة ظهر تستدرقوله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى اقول للخصم ان يقول لا نسلم افتقار الحاجة عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة ولا يخفى ان كثيرا من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف الغرض باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد او في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلد آخر او في محلة اخرى من الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك اللهم الا ان يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس ثم كانه اشير اليه في الكافي وغيره بان يقال المراد ان الحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لاقتفاء الفضول انتهى تأمل تقف قوله وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بان يمنع

لان

مبادلة

ولنا أنه استأجره لعمل لا يقدر عليه لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لأنه تصرف حكمي وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود عليها هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بالتخلية وفي وضع الطعام وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه وإنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالأرض ومنه ما لا يضر بها فلم يكن المعقود عليه معلوما

فعل حسي والمستأجر هو نصيب الشائع من الدار وما يتصور فيه الفعل الحسي انتهى اقول ما ذكره في بيان انه لا حاجة في اتمام الكلام الى حمل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان نقض الالزام في قوله مسئلة للشافعي رحمه الله ان يكون معناه اي مقبولا او اي قائله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره اما على الاول فلان هذه المسئلة للمستشهد بها من قبيل الشافعي وهي جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره ولو ضع الطعام مما لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرت في لسانه بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتجه الالزام على الشافعي بما يقتضي خلاف ما اقر عنده وبالعكس ذلك الزاما علينا ايضا واما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العين وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في ان لا يكون نصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه ههنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتوجه الالزام علينا من الشافعي اصلا ثم اقول الظاهر عندي في الغاية انه لا حاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن لا لما ذكره ذلك القائل بل لان تمسك الشافعي ثمة بالمسئلة المذكورة لا تتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استشهاد الشافعي رحمه الله بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجري على الاطلاق فتنبه لذلك كله فانه من المباحث الدقيقة

قوله ولنا انه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع قال في العناية اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى اقول في الجواب نظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليه لا يجدي شيئا في دفع السؤال لان حاصل السؤال ان حمل الكل واقع على معين قطعا فكان موجودا واذا وجد حمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد يستلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة ومن جملته الجزء النصيب المستأجر فلا بد ان يجب الاجر بحمل الكل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك ان عدم كون الكل معقودا عليه لا يفيد شيئا في دفع ذلك وانما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بحمل الكل وليس فليس

قوله ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول لا يخلو من انه عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاق الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس للحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه بحصول مقصود المستأجر فيعتبر فيه كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه اقول في الجواب شيء وهو ان قوله لانه يندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتام مع ان جعله عاملا بحاجة المستأجر وحاجة الاجير فان الحاجة الى الاجارة ليست حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا يندفع حاجته بل انما يندفع حاجة المستأجر فقط والظاهر ان الاجارة لم تشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين فلم يجب الاجر للعامل فيما نحن فيه ايضا لم يندفع الحاجة التي شرع عقد الاجارة لها فلم يتم الجواب نعم يعني لنفسها اقول لانه يندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال كيف حصل مقصود الاجير فلم انه علي ان الاجير لا يحمل نصيب المستأجر بل بالقياس يحمل نصيب نفسها انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ لا يذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال ان لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى **قوله** وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع هذا جواب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك لكن فيه اشكال لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض على ما مر في صدر الكتاب فنصيب صاحبه انما هو في حق العبد لا في منافعه لان المنافع مما لا تقبل الشركة على ما تقرر فكيف يكون المعقود عليه في استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور ان يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تمليك العين بعوض

فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ الى بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

ومن هذا ارتكب الشراح التقدير بشيء في حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو تملك نصيب صاحبه اي منفعته تملك نصيب صاحبه فلما كان في تلك المنفعة لا نفعا كالحمل مع ايقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة لان العقد يرد على المنفعة انتهى اقول فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استيجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة اجيرا مشتركا ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد اجيرا وحده وذلك ليس بمقيس عليه ولا شك ان عمل الخياطة فعل حسي كالحمل فينبغي ان لا يتيسر ايقاعه في الشائع كالحمل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية قوله بخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسي انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على ان المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يومي اليه تحامه المذكورة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما ورد على تقرير صاحب النهاية من ان قياس الخصم على استيجار العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استيجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استيجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن ايقاعه في الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية وقوله والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه ايضا لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض فبعقد كل فرد من افراد الاجارة يملك المستاجر المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي ان يجوز ما نحن فيه ايضا باعتبار ايقاع تملك المنفعة في المشاع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه اول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي واستدل على جواز الاجارة فيه ايضا بوجوه منها قياسه على استيجار العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استاجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب يعني ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه امر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا انتهى اقول مضمونه موافق لما في العناية ففيه ما فيه فتامل في التوجيه **قوله** فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعها بعد ما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد انتهى كلامه اقول لا معنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكره من انقلاب العقد الى الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان ذلك قبل نقض القاضي واما اذا لم يكن ذلك قبل نقض العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المنتقض لا يعود الا بالتجديد فلا جائزة والصواب ان يقال اذا كان ذلك قبل نقض القاضي العقد وان يقال اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهوا من الناسخ الاول بدل لفظة بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا ينقلب جائزا **قوله** وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني اقول لا يخفى على الفطن ان جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لا يقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يصح ان يجعل به تمام الشيء من آثار بقائه لا انتقاضه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف ويدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل ويرشد اليه قول صاحب الكافي في التعليل ولنا ان المعقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فيرتفع الفساد انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى اجيرا مشتركا

فان قيل ان انقضت المدة انقلب العقد جائزا لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض فيجوز ان يكون ما زرعه مضرا فلا ترتفع فيهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بتحقق ما هو اشد من احتماله قلنا المفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما صونا عن الاضرار باحدهما ولا ينفرد احدهما بالتعيين لما ان العقد قائم بهما فكذا التعيين المعقود عليه ينبغي ان يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من احدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله ولي في هذا التعليل اشكال الخ ثم قال قلنا لا نسلم الاستشكال
اجارة العقد عند انقضاء المنافع لان عقد الاجارة تصحيح بقدر الامكان وهو المنافع الذي فسد العقد باعتبار توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه عند استيفاء احد النوعين من المنافع بدون هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما في النهاية ومعراج الدراية اقول فيه بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء احد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد احدهما باستيفاء ذلك واما اذا انفرد احدهما به فلا يزول ذلك على ان هذا محل الاشتراك به فالكلام المفصل ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستاجر في الارض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور راسا وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد بيه
جائزا بمجرد استعمال المستاجر فيها ومضي الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضي به او لا فالاشكال المذكور وارد غير مندفع بالجواب المذكور قطعا

باب ضمان الاجير لما فرغ من ذكر انواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ذكر في معراج الدراية فقال لما ذكر انواع الاجارة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ضمان الاجير انتهى ولكن من هذين التقريرين جيد واما صاحب العناية فقال لما ذكر ابواب عقود الاجارات صحيحها وفاسدها ساقته النوبة الى ذكر الاحكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان النهاية
فذكرها في هذا الباب انتهى ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان انتهى ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركاكة حيث فسر الجمع بالمفرد بقولهما وهي الضمان فان ضمير هي راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان حكم واحد لا احكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة افراده او المراد بها ضمانا وجودا وعدما انتهى اقول توجيهه الثاني ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعدما ايضا لا يصلح تفسيرا للاحكام فان اقل الجمع ثلثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب افعل واسم الفاعل منه موجر لا مواجر اقول فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه موجر لا مواجر يرى مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب افعل على تقدير ان يكون اسم الفاعل منه موجرا لا مواجرا يلزم ان يكون الاجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل وقد رد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعيلا بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه موجر انتهى كلامه اقول بل الغلط انما هو في كلامه نفسه فان الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد ايضا وعلى هذا قال المحقق الرضي في شرح الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب اليم اي مؤلم وبديع اي مبدع وقال واما الفعيل بمعنى الفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا انتهى وقال الامام المطرزي في المغرب واما الاجير فهو مثل الجليس والنديم في انه فعيل بمعنى مفاعل انتهى وهذا كله صريح في فساد ما زعم وكانه لم يذق شيئا من العربية قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري انتهى يعني ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس ايضا اي على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا يرجح سوى الاختيار

قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر

وقال بعض الفضلاء يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك ايضا لان التقديم كل منهما على الآخر وجها اما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه واما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتامل فان ما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى ههنا كلامه اقول ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك ههنا الى آخره ليس بتام اما اولا فلان هذا باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما اشار اليه نفسه ايضا فيما قبل بقوله او المراد به الضمان وجودا وعدما اي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم ان لا يصح عنوان الباب على قول ابي حنيفة رح اصلا اذ لا ضمان عنده على احد من الاجير المشترك والاجير الخاص وان لا يصح ذلك عندهما ايضا الا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغي ان يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء فلا يتم قوله وذلك في المشترك واما ثانيا فلان الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هناك الى وجه يرجح اختيار احد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون في ذلك مرجح احد الطرفين هنالك نفس الاختيار لا غير كما اشرنا اليه في تقرير مراد صاحب الغاية وقد تقرر في العلوم العقلية ان ترجيح احد المتساويين بالاختيار جائز وان المحال ترجح احدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان ما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يعبر تمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنه امر آخر مغاير لما قاله فتدبر قال صاحب النهاية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤول عاقبته الى الدور لان هذا الحكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل من هو فلا بد للمعرف ان يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الا ان هذا تعريف للخفي بما هو اشهر منه في زعم المتعلمين او هو تعريف لما لم يذكر فيما قد سبق ذكره لانه ذكر قبيل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله او باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر متى يستحق وصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى ههنا كلامه اقول في الجواب خلل اما اولا فلان قوله في اول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن اصلاحه فما معنى قوله بعد ذلك الا ان هذا تعريف للخفي الى آخره واما ثانيا فلان كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر في التعريف اشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذ السؤال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل من هو لازم للاجير المشترك واما ثالثا فلان المذكور في باب الاجر متى يستحق بقوله او باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم صرحوا هناك بسبب استحقاق الاجير مطلقا للاجرة في معان ثلثة شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم ان لا يستحق الاجير الخاص الاجرة اصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله او باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص ايضا فكيف يصح ان يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي لا يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة اخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف انتهى اقول اصلح الجواب في الجملة كما ترى ولكن فيه ايضا خلل لانه ان اراد بما علم مما سبق في ذلك الباب

النهاية

قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه
وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امر بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار

ما ذكرنا ك بقوله او استيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية وغيرها ويرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من ان ذلك حكم عام للاجير الخاص ايضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك
بذلك وان اراد به ما ذكرناه ك بقوله وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب فقد علم مما سبق
ان بعض الاجير يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد قيد البعض يتجه عليه ان المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة
حتى يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الاجير المشترك فتامل وقال بعض الفضلاء انت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره متكفل لدفع
هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن يستوجب على العمل او اثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه اقول ليس هذا
بشئ لان تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدوري وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها
حتى يعمل والمصنف ايضا ذكره وعده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية وهذا السؤال المذكور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير
ان يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته كيف يصلح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة فاذا لم يذكر معه
شئ يحصل معرفته فلا ان تكون معرفته الى معرفة الاجير المشترك التي هي الموقوف عليه لزم الدور ولا يحتاج السائل حينئذ بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب
من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض
من الفضلاء اثر قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر او شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كان يقال
لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجية انتهى اقول انما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان
معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل ان يعمل واما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل اصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم نفسه مدة وان لم يعمل
اصلا على ما سيجئ فلا انتقاض بذلك اصلا لان الاجير المشترك اذا لم يقع منه العمل اصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان اخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها
على المستاجر وكان الامام الزيلعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز لا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجر
الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم
الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح
وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل كان له ان يعمل للعامة
لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى آخره ويؤيده
وقوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندي ان قوله لان المعقود عليه الى آخره تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وبيان
الا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من يستوجب على العمل قبله يبطل المساواة هذا هو مراد المصنف
الا ان المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له ان يعمل للعامة لبيان المناسبة فليتامل الى هنا كلامه اقول مدار استخراج ذلك البعض ورائه في هذا المقام
على ان تكون عبارة المصنف ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره وكان له ان يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل
او اثره كان له ان يعمل للعامة ولا شك ان قوله كان له ان يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء
في التعليل غير محتمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على انه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل لكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره تعليلا لما ذهب ذلك القائل على ما قررناه

ولأن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد
مأذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى
وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه **قال** ولا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده

تفريع لمعنى قوله فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل الا ان ذاك التعليل على ما قرره ذلك القائل ان يكون قضية عقد المعاوضة المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب
ان هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصا ايضا فلو صح تفريع قوله فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز
ان يعمل الاجير الخاص ايضا للعامة وليس كذلك قطعا **قوله** قلنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل
بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه اقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر
انما يتصور في صورة تخريق الثوب من تدمن هو مسلما نه ودق القصار الذي فيه المسائل الثلث السابقة فيها وقد تقرر في اواخر باب الاجر متى يستحق ان كل صانع لعمله اثر
في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع وكل صانع ليس
لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجرة كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقد تلخص منه ان العمل على نوعين نوع له اثر في العين
كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له اثر في العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو ذلك الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير
الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيهما اثر في العين فكيف يتصور ان يكون عمله وسيلة الى الاثر وكيف يصح ان يقال
فيهما الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بان المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر لا يستقيم على اطلاقه اذ قد مر
ايضا في الباب المزبور انه اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه
نعم اذا اطلق العمل فله ان يستأجر من يعمله كما مر هناك ايضا فكان الدليل خاصا والمدعى عاما والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث
قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما يثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة
يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل بالتسليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذونا فيه كما لو وصف نوعا
من الدق فجاء بنوع آخر انتهى **قوله** بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده قال
صاحب العناية وللملتزم ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة للغير من تبرع له انتهى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم مدار على دليله
وان كانت الحكمة اخص كما سبق نظيره في الايمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين انتهى اقول هذا لا يجدي شيئا لان صاحب العناية
لم ينف لزوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة للغير من تبرع له بل اراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع
له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة اخص على ان لصاحب العناية ان يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع بيانا لحكمة عدم التضمين ايضا فانه اذا جاز
التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمين بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بان التبرع
بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان اسلم انتهى اقول للقائل ان يقول ههنا ايضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي
جواز ذلك اذا تضمن ضررا للغير من تبرع له الا يرى انه اذا اخذ احد ملك آخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان في محل كلامنا
بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستأجر فليتأمل **قوله** وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه هذا جواب عما عسى ان يقال
انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها اقول لقائل
ان يقول المشكل على هذا ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة في

[illegible] قال [illegible]

[illegible] قال [illegible]

[illegible]

باب الاجارة على احد الشرطين

[illegible]

يجوز ان يقال ههناك ايضا ان الهلاك من فعله اجمع حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنعه فينبغي ان يضمن بالاتفاق ثم اقول يمكن الفرق بان التقصير هناك في الا وهو مستحق عليه بمقابلة مقصود كما مر فلا اعتبار له واما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم **قوله** لان الواجب ضمان الادمي انه لا يجب العقد وانما يجب بالجناية قال في الكفاية لا يقال بان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب في قد حده لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي انتهى اقول فيه بحث وهو انه كيف يكون كلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عندائمتنا الثلثة وهو التعدي لما تقرر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فان الاصل عنده ان المتاع امانة في يد الاجير وانما لم يضمن شيئا كما مر وجد التعدي فيما هناك على ان الحكم من الدليل المذكور من قبل ائمتنا هو ضمن فيه الاجير لاذن المستاجر حيث اتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجيء من المصنف التصريح بوجود التعدي في المسئلة الآتية وهي نظير ما نحن فيه في الاحكام **قوله** وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لانه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى اذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الاذن وحجامة العبد بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامره يجب الضمان فجعل المذكور في احدهما مذكورا في الآخر كذا في النهاية ومعراج الدراية واحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم احدهما او كلاهما يجب الضمان انتهى واما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان في التقييد فانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد فيفيد انه ان تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والمالك فيفيد انها اذا لم تكن بامره ضمن انتهى كلامه اقول في بيانه خلل فانه جعل الملاك ايضا من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد اذ لا شك ان مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منها نوعا من البيان مخصوصا به والملاك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص باحدهما فانه قال في مختصر القدوري فيما عطب من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفقت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما في مختصر القدوري ومصرح في ذلك مما في الجامع الصغير فان اهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات **قوله** والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فليطلب بمثله ههنا انتهى اقول لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هناك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك بانه تعريف دوري لا يتمشى ههنا فيشير ذلك بادنى توجه فتفكر وكان صاحب النهاية تدارك بما حيث قال وقد ذكرنا ما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره ايضا كلام لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فما معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا ان يصار الى حذف المضاف فيكون التقدير وقد ذكرنا مسئلة وما ورد فيه من الشبهة **قوله** لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق يقفها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا ياخذ الا ما يقدر على حفظه كذا في العناية اخذا من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكر ههنا يدل على ان ذلك لئلا يقصر الآخر في الحفظ انتهى اقول هذا البحث ساقط جدا اذ الظاهر ان ما ذكر ههنا حكمة حكمها بضمان الاجير المشترك وما ذكر فيما مر في الكتاب من الجهتين انما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافي بينهما اصلا على انه لو كان ما ذكر ههنا ايضا دليلا لا حكمة لم يلزم منه محذور قط اذ لا تنافي بين ما ذكر ههنا وما ذكر فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا ايضا كذلك معاضدا دليلا على الحكم

باب الاجارة على احد الشرطين لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين

غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن
بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدا فبنصف درهم فإن خاطه
اليوم فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص
من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان
لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على سبيل البدل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع
في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولأن التعجيل والترفيه
مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة

قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك إلى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار أقول يشكل هذا بما ذكره بعض الفضلاء
حيث قال أما الجهالة التي في طرف الأجرة فترتفع كما ذكره وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة فتؤدي
إلى النزاع في تسليم العين المستأجرة إذ يريد المستأجر هذه والموجر دفع الأخرى فيتحقق النزاع فينبغي أن لا يصح بدون شرط الخيار بتعيين أحدهما كما في البيع انتهى وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال
بعد ذكر ذلك الاستشكال بعبارته ويمكن أن يكون من عنده نفسه ويمكن الجواب بأن يقال إن الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية إلى النزاع بدون تعيين المبيع
بالإثبات الخيار وأما الأجرة في باب الإجارة فلا تجب بمجرد العقد بل يجب عند وجود العمل ثم ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة إلى إثبات الخيار انتهى كلامه أقول ليس هذا الجواب
بشيء إذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكروه في الفرق ههنا والإشكال المذكور إنما يتجه بعد ذلك فإن الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تفضي إلى النزاع في تسليم العين وتسلمها إلا أنه يحتاج إلى ما
إذ كل منهما يتحقق أولا إنما يتصور بل يتحقق بتسليم العين المستأجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى
فليتأمل في دفع أصل الإشكال قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على سبيل البدل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم
للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيان ذلك أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لأنه حال إفراد العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل
لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لأنه حال إفراد العقد في الغد بأن قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا
إذ ليس للعقد والشرط تأثير فيه فيجتمع في كل يوم تسميتان أما في اليوم فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابتا اليوم مع العقد اليوم
وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين
على سبيل البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الأجر مجهولا وذلك يفضي إلى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية وقيل
في ذلك لبيان أن الجواب بأن الجهالة تزول بوقوع العمل فإن به يتعين الأجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى أقول فيه نظر لأن زوال الجهالة بوقوع العمل إنما يتصور
إذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لأن العمل المشروط أمر واحد في كل يوم
فيلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما يفهم من تقرير دليل
سائر الأئمة ولهذا تعرض المصنف للجواب عنه صريحا قوله ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قال بعض العلماء بعد نقل تعليلهما
هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الإمامين جعلا اليوم في مسئلة أن المستأجر ليخبز له اليوم كذا للتعجيل احترازا عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يجوزان الحمل عليه
ههنا انتهى أقول هذا الكلام ظاهر الاندفاع لأن الإمامين إنما حملا اليوم ههنا على التوقيت لكون التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها إلى المجاز عندهما كما
بين في الكافي والشروح وإنما جعلا اليوم في مسئلة الخبز للتعجيل لتحقق الصارف عن الحقيقة إلى المجاز هناك وهو تصحيح العقد فإن الأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وإنما
أمكن هناك بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على ما صرحوا وقد أفصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال فإن قلت قد جعلا ذكر اليوم في مسئلة الخبز للتعجيل فلم
لم يجعلا كذلك ههنا قلت هناك حملاه على المجاز تصحيحا للعقد وههنا حملاه على الحقيقة لتصحيحه أيضا إذ لو عكس الأمر في الفصلين لزم إبطال تصرف العاقل من جهة العقد بل
تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه قوله ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة مراده بالتعليق الإضافة أي الإضافة حقيقة لأن الإجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الإضافة
إلى وقت في المستقبل فيكون مراده كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للإضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق ههنا بالإضافة ويجوز
أن يقال عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى النصف في الغد ليس تسمية جديدة لأن التسمية الأولى باقية وإنما هو حط النصف الآخر بالتأخير فيكون معنى ذكر الغد التعليق أي الحط

ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

وهو دليل التأخير الى الغد كما لو اقتصر عليه اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية مبتدأة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليق حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع في الغد تسميتان ثابت في اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد الا تسمية واحدة هي التسمية الاولى وبكون حط نصف المسمى بالتأخير فيكون ذلك المعنى منافيا لدليل ابي حنيفة بل لدليلهما ايضا فكانه انما اختار ما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال في تفسير قول المصنف وذكر الغد للتعليق اما للتعريض لدليل الامامين الآخرين للتعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال اوقال المراد بالتعليق حط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لا التعليق الاجارة انتهى وذكر الاكمل في شرحه ان تجويز ذلك المعنى اثناء تقرير دليل الامامين يستلزم صحة ما استلزم تجويزه اثناء تقرير دليل ابي حنيفة فانما قيل لان لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك بخلاف قول ابي حنيفة كما عرفت **قوله** ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فيه ما فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجيرا وحدا وبينهما تناف وتنافي

فان ذكر اليوم يوجب وجوب الاجرة بالعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها بتسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدل عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعجيل كذا في العناية وغيرها اقول يشكل هذا بمسئلة الراعي فانه يجتمع فيها ذكر العمل والوقت ويصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول احد بل يعتبر الاجير اجيرا مشتركا ان قدم ذكر العمل او اجيرا وحدا ان قدم ذكر المدة والاصح بذلك في عامة المعتبرات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال آخر على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى اجاز العقد وفي مسئلة الخاتم جعل ذكر اليوم للتوقيت فافسد العقد على ما سبق تقريره والجواب ان ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يقم مثل هذا الدليل ثمه وكان التوقيت مرادا فيفسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالا وجوابا ولخصهما صاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الاشكال والجواب ورد بان دليل المجاز قائم ثمه وهو تصحيح العقد فان تقدير التعجيل يكون مراد الناظر الى ظاهر الحال والجواب ان جواز النظر الى ظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بناء على ظاهر الحال انتهى اقول لا يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة اخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا اجر لك قال محمد في الاملاء ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله اجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا لان الشرط الاول في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول وينفي التسمية في اليوم الثاني ولا ينفي اصل العقد فكان في اليوم الثاني عقدا لا تسمية فيه فيجب اجر المثل انتهى لفظ المحيط قال ابو حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في تلك المسئلة كما لم يفسد في حالة الانفراد مع انه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه في الاخرى اذا لا شك ان قوله ان خطته غدا فلا اجر لك لا يكون دليلا على ان مراده من ذكر اليوم حقيقة فيه هو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقته وذلك التوقيت يكون مراده التوقيت لما نفى الاجر بالكلية في الغد اذا كان التوقيت مرادا بذكر اليوم فان الامر والمشكل الفرق بينها وبين مسئلة الخاتم جدا على قول ابي حنيفة فيتأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا يرد ابي حنيفة رحمه الله من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل قال ويجوز ان يقال الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت ثم قال فيه تأمل انتهى اقول لا يتوجه هذا الاشكال راسا اذ لا نسلم ان ابا حنيفة رحمه الله حمل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة بل الظاهر انه على اصله هناك ايضا من ان الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الانفراد واني تتبعت عامة المعتبرات ولم اجد في شيء منها ما يدل على صحة العقد في الصورة المزبورة عند ابي حنيفة رحمه الله

وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تمنع [illegible] لانه حط [illegible] الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان [illegible] فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم في قولهم [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

باب اجارة العبد

بل وموجبة في بعض منها ايضا صريح بعدم صحة العقد في الصورة فان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع وقال خط هذا الثوب اليوم بكذا وبدرهم لم يصح بجهالة المعقود عليه انه المدة او العمل انتهى نعم قد قيل في الكافي وكثير من الشروح في اثناء بيان دليل زفر في المسئلة التي نحن بصددها وقوفيها الفقه ان ذكر اليوم للتوقيت لا للتعجيل لانه التوقيت وانما افرد العقد في اليوم بان قال خط هذا اليوم بكذا كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا هنا انتهى لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور في دليل زفر هو ايضا يقتضي جوابا على المختار فالاحسن القول ان التعجيل حالة الافراد على ابي حنيفة رحمه الله فتدبر **قوله** في الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان اقول فيه نظر اذ قد تقرر في اول باب الاجارة الفاسدة ان التسمية في الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عند ما والمنع لنقصان اصلا بل يجب اجر المثل ان نقص عن المسمى فما معنى ان تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان تدبر ولما افاد اما تقرر **قوله** اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيقتضي الجهالة مؤديا الى المنازعة الدليل عند ما قال صاحب التسهيل يرد على ما مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين فان لا يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم ان تفسد عند الاجارة عند علمائنا الثلثة وعند صاحبيه انه جائز عنده انتهى بناء على ما اتفاق الا عند به نسبه انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب عنه بان الاجر وان يجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير نقل الا انه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بانه لو استأجر دابة الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة انتهى فهي مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على ما لا يخفى **قوله** ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به يعني ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بان يسلم العين المستاجرة الى المستاجر ولم ينتفع به قط حتى تعطل المنفعة يجب اقل الاجرين الذي يسميا في العقد للتيقن به اقول لقائل ان يقول لو جاز الاكتفاء بالاقل في رفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحة الاجارة فيما اذا سمى لعمل معين او لمنفعة معينة اجرين متغايرين على سبيل البدل كان قال خط هذا الثوب بدرهم او بنصف درهم او قال اسكن في هذا البيت بدرهم او بنصف درهم ووجب على الاجر الاقل من الاجرين ههنا ولم يقل احد فتامل في الدفع

باب اجارة العبد قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام تتعلق بالحر شرع في بيان احكام تتعلق بالعبد اذ العبد منحط الدرجة عن الحر فاخذ كره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من انواع الاجارة والرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة واخر ذكرها لان الجنس يقدم على النوع وقال الاتقاني من وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استيجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكر هنا استيجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب ترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغير ما ظاهر كلام هذا الشارح انه فهم من ان العبد منحط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له اصلا ولا يصح تصرفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم لكن لو كان مراد المصنف بهذا الباب اول الباب استيجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف اصلا في حق الاجارة لا اصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف وهو معقود عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن الا تنويع المسائل ههنا كلامه اقول في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضي تاخير مسائل هذا الباب الى ههنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة ايضا بنوع لا عامة للجنس الا ترى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على احد الشرطين مختصة بالنوع الذي

ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار

اورد فيه اشرطان الى غيرذلك من المسائل المتفرقة ومناسبة هذا الباب لما قبله ظاهرة فان ما تقدم من الابواب كان في الاجارة بوجه عام وهذا في نوع خاص [illegible] فهي بمنزلة المركب من المفرد [illegible] بالتقديم فذكره بعده [illegible] وذكره صاحب النهاية وغيره ومنه [illegible] من شرحها [illegible] حيث قال في تفسير الباب [illegible] والعبد اى نفسه [illegible] وذكرت [illegible] او قال في هذا [illegible] وذكر فيه [illegible] في باب العشر واخراج الفعل على هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه اقول فيه خلل لان عنوان الاجارة في اللغة [illegible] في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع مجيئها بمعنى [illegible] وانما المعروف من الثلاثي الاجر من الاجر عليه بالمواجرة [illegible] فيما ان يكون الاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بان الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه ثانيا ان المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بايجار الغير اياه فحمل عنوان الباب على ما ذكره يجعل اكثره ذكر فيه [illegible] قد ذكر [illegible] وذكره بعضهم استطرادا [illegible] نظرة سليمة ثم اقول [illegible] ما ورد

نهاية صاحب النهاية [illegible] العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك [illegible] وكلمن كان محل التصرف وموقع عقد الاجارة [illegible] من كل من [illegible] فما يتعلق بالعبد كما [illegible] الوجه الذي اختاره وبالترتيب مسائل خاصة يتعلق بذكرها في باب على حدة والا ريب ان [illegible] ارتفاع درجته عن الحر [illegible] وكان قول صاحب النهاية ومن ثم اخر الاحكام التي تتعلق بالعبد عن احكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر [illegible] في [illegible] المذكورة في هذا الباب [illegible] قول صاحب النهاية ولكن [illegible] عليه [illegible] ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل [illegible] الى المفعول [illegible] ما كان العبد متصرفا في نفسه بعقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسألة المتبدأ بها اول الباب فخذه [illegible] قوله ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق فان قيل ان المستأجر بمنزلة [illegible] منافع عبارة [illegible] عيب [illegible] فلما فلا يكون للمستأجر ان يسافر باجيره قلنا انه يسافر بالعبد لانه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبة اجيره كذا في الكافي [illegible] ونقض هذا الجواب بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبد سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه [illegible] حقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم الموجر [illegible] من مؤنة الرد وربما تربو على الاجرة وما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فلا يتضرر بالاخراج الى السفر لعدم مؤنة الرد ولهذا كذا في النهاية اخذا من النهاية اقول لقائل ان يقول يلزم من هذا الجواب ان يقدر المستأجر على ان يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به الموجر لان [illegible] هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد في باب الاجارة يترتب الضرر على الموجر بالزامه اياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا ما لم يشترط ذلك فتأمل وبعض صاحب العناية في الجواب المذكور وجها آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان للعقل احتاج الى ان يقيم الى علته وجه قوله ان المستأجر لا يملك رقبة عبد ا

ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر ان يأخذ منه الاجر ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده فان وجد المولى الاجر قائما اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستأجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المولى لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل ظاهر على قيام ما من قبل وهو نظير مختار ليصلح حجة في نفسه اصلا الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

وهو ان يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال والصواب ان يقال لا نسلم ان المستأجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستأجر كذلك بل يملكها بقدر ما تندفع به الضرورة تتقيد بمكان وزمان فيجوز ان تتقيد بما يتقيد بالمولى في العرف يوجبه او دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا فتوجه انتهى كلامه اقول فيما بتصوبه نظر لانه ينتقض بمسألة الصلح اذ لا شك ان المصالح ايضا لا يملك منافع العبد على الاطلاق كالمولى بل هو ايضا انما يملكها بقدر الضرورة في عقد الصلح مع ان له ان يسافر بالعبد بخلاف المستأجر فيحتاج الى الفرق **قوله** ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح فظاهر انتهى اقول الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يتناولها اطلاق العقد راسا بناء على انصراف مطلق العقد الى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر ومدار الثاني على ان كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا ان الخدمة في الحضر تعينت بقرينة حال العاقد ومكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المجال للاخرى كما في الركوب فانه اذا اطلق الركوب ثم ركب بنفسه او اركب غيره تعين هو فبعد ذلك ليس له ان يغير من ركبه اولا لتعينه للركوب فكذا ههنا ويرشد الى ما قررناه من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة في تعليل هذه المسألة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد انه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد وربما يتعذر ذلك عليه لاجل فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة انتهى **قوله** ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر قال صاحب الكافي في تقرير هذه المسألة ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه شيء وهو ان وضع هذه المسألة فيما اذا استأجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير الذي ذكر الوقت اجير خاص وقد مر في باب ضمان الاجير ان الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسألة بعد ذكر المدة نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستأجر ان يأخذ منه ما اعطاه اياه من الاجر الا انه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسألة اعتمادا على المذكور مرادا فان قلت من زاد قيد فعمل اراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف ان تركه اولى من ذكره كما صنع المصنف **قوله** لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة قال تاج الشريعة فان قلت هذا التعليل انما يستقيم اذا ذكر الشهر ههنا منكرا وقد عرف بقوله هذين قلت رأيت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منها استأجر عبدا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة ويحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال الموجر اجرت منك هذا العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب الموجر فيبقى التنكير فصلح التعليل بتنجز الحاجة لاثبات التعيين الى ههنا كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية في شرح هذا المقام على هذا السؤال ولكن بنوع تغيير في تحرير اول السؤال وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا في المبسوط والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من المنكر فكأن الموجر قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ بل امرتني بصفرة فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما شرحناه من قبل انه يتخير ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ وقد ذكرناه من قبل قال وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه عند ابي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر

اربعة وشهرا بخمسة انتهى كلامه اقول لا الشبهة شيء ولا الجواب اما الشبهة فلان التعليل المزبور يقتضي ان يتم تنكير شهري شهرا باربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين يفيد تعيين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي ان تعيين الاول منهما باربعة والثاني بخمسة لاحتمال ان يكون الامر بالعكس بناء على تنكيرهما في ذاته على اسمه فلا يحتاج الى الاستدلال على كون الاول منهما باربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل المذكور في المسئلة فلا غبار عليه اصلا واما الجواب فلانه لو كان المذكور في الكتاب قول المستاجر لما صح تنكير عبارة في قوله هذين الشهرين بل كان هو احق بالتعريف من الشهرين الا ان بذلك يعلم ان الذي يستاجره هو العبد الذي استاجره الموجر منه على ان كون اللام في قول المستاجر للعهد انما يفيد فيما اذا كان الموجر مقرا على كلام المستاجر في العقد وليس له ذلك بل زعم غير ذلك من المتعاقدين تكلم اولا بغير كلامه ايجابا فاذا قبل الاخر يلزم اعتقاد بعض ما في الكتاب على قول المستاجر لا يقتضي تعريف الشهرين في نفس المسئلة على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصورة ولا يخفى ما فيه ثم قول المصنف استاجره الشهرين في تقرير هذه المسئلة لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك اشعار بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل بتنكير ذلك وتعريفه سيان عندنا تنكير شهرا في شهر باربعة وشهر بخمسة لما بيناه في رد الشبهة انفا وقال بعض الفضلاء يجوز ان يكون موضع المسئلة فيما اذا ذكر المستاجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعينه الحالي حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المصنف انتهى اقول ليس هذا بشيء ايضا اذ لا يذهب عليك ان قوله شهرا باربعة وشهرا بخمسة من كلام المستاجر وانه تفصيل الشهرين ولو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل كان من لفظ المصنف لزم ان يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستاجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل ثم اقول بقي ههنا كلام وهو ان الظاهر ان جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة ان يكون الاجير عبدا بل هو متمش في صورة ان كان حرا ايضا لعين الدليل المذكور في الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب ان يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة في الابواب السابقة مشتركة بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا اكثر من كونه حرا فبنى الامر على الاكثر اذ لا نسلم ان ذلك اكثر بل الظاهر ان كون الاجير حرا اكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة للانفاق على نفسه وعياله وايضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر سائر مسائل الاجير ايضا في هذا الباب

باب الاختلاف في الاجارة لما فرغ من بيان احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر في هذا الباب احكام اختلافهما وهو الفرع اذ الاختلاف انما يكون بعارض قوله واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبيل انه بالخيار الخ يعني به ما مر من قبيل باب الاجارة الفاسدة في مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء كذا في الشروح واعترض بان المتعاقدين كانوا هناك متفقين على ان المامور به خياطة القميص والاجير خالف فخاطه قباء وههنا قد اختلفا في اصل المامور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب واجيب بانه اختلاف صورة المسئلتين ابتداء ولكن اتحادهما انتهاء لانه ذكر هذا الحكم ههنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق بخلاف الاجير معتبرا فكانا متفقين في الحكم فتساويا هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك ان تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع ان التشبيه غير القياس حتى يتحرى اول الامر فلا يسد لظاهر ما لانهما اذا اتفقا على مخالفة المامور به كان التعدي مقررا احدهما فيجب الضمان قطعا واما اذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير فينبغي ان يجب الضمان بطريق الاولى عليه مع يمينه احتمالا

والجواب عن استحسانهما ان النكاح للدوام والاجارة ليست الا للاستيفاء

باب فسخ الاجارة

قال ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا بعد العقد قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع قبل القبض وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ قال واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة له او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط ... قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده ...

فكيف يصح ان يقال فكان الحكم كما في الشاهدين اذ المتبادر من الشاهدين فيما سبق اولى اذا اختلفا وانما قلنا فلان وورود الاعتراض عليه قبل والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه في حق قوله ان التشبيه بمسئلة القاضي فيما نحن فيه هنا **قوله** والجواب عن استحسانهما ان الظاهر يصلح حجة يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر وبين الاستحقاق كاخبار الآحاد انتهى اقول المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع واما اخبار الآحاد فمما لا يمكن ... الا فيما لا يقينية توجب العمل دون العلم عند الجمهور مسطور في الاصول

باب فسخ الاجارة ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا **قوله** اذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه ... لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز قال في الغاية لان ... من الميت الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث انتهى كلامه اقول فيه بحث وهو انه قد مر في اول باب الاجر متى يستحق ان الاجرة تملك باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في العقدين الاخيرين فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حيوته بتعجيل الاجرة او بشرط التعجيل فما التعليل الذي ذكره صاحب الغاية ثم في حق المنفعة لم يتم في حق الاجرة والاظهر في تعليل هذه المسئلة ان يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح ... نقلا عن المبسوط حيث قال فيها وانما طريقان احدهما في موت المؤجر فيقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فيبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان بعد الانتقال الى الوارث المنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما ان الاجارة تتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستأجر انه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث الا ترى ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا ان المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين فيكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حيوة المستأجر لا يبقى لتورث والتي تحدث بعدها لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظه

قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار اقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم ان الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستيجار الدار للسكنى والارض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الاول اصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه ايضا على الكمال انما ينشأ من ان يتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستيجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما الى مكان معلوم ... وانما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستيجار الدار للسكنى وكان الدليل المزبور قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا للشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا ...

[illegible]

قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به اقول قال اهل الفقه القول بفسخ الاجارة بالاعذار مروي عن المتقدمين من غير نكير فلا اجماع لا قول صحابي بل يجيز الاعتبار بالفسخ بالعيب نظراً وقد تقرر ان البقاء في عقود الاجارة قد روعي فيها ما قدر قبيل القبض المقرون ولم يقل احد بالفسخ بذلك ولو كانت تقبل الفسخ بذلك لنقل ذلك الاصحاب فيه فقد نقل عنهم فيحصل لكن جمهور العلماء القول بعدم الفسخ للعذر وان كان واقعاً فيما لو اكترى من يقلع ضرسه فزال الوجع قبل قلعه او اكترى للكحل عينه فبرأت فذهب فلا يقاس عليها غيره كالمقدول شرعاً فقد يكون لا يلزم من ان يتحقق لا اجماع لا قول صحابي في جواز فسخ الاجارة بالاعذار الا انه يصح القول بذلك فان القياس احد الادلة الشرعية الاربعة على ما تقرر في علم الاصول فيكفي تحقق ركنه في اثبات حكم شرعي وقد تحقق فيما نحن فيه كما اشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به ومبين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لو ورد نص يدل على خلاف ذلك او انعقد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منها فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقد الازمان وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدح اصلاً في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد ان لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما تشبث به في ترويج نظره هنا في غاية الضعف بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره منقوض بما اعترف به من ان العذر الكامل يستباح به الفسخ في تلك الصورة مع انه لم ينقل عن الصحابة فيه شيء فالمنفي في تلك الصورة ايضاً المعذر الكامل مما لم يتفق عليه اجماع

مسائل منثورة اي مسائل نثرت عن اماكنها وذكرت هنا تلافياً لما فات قوله واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز صورة المسئلة اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس له وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلاً حاذقاً يتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصابه من شيء فهو بينهما انصافاً هذا في القياس فاسد لان اس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح راس المال في الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك ايضاً مجهول الطي وبه اخذ في هذه المسئلة بالقياس من قال القياس عندي اكد من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبيل في العمل بيانها انه ليس راس مال احدهما التقبيل وراس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يستوجب به الاجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها بالتعامل بها انتهى كلامه واورد عليه بعض الفضلاء قوله واحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعيين احدهما يتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من تتبعها ولا تنافي العبارة مسامحة انتهى اقول منشأ توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية واحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعيين احدهما لتولي القبول في شركة التقبل وليس شيء من ذلك بمراد بل الواو فيه للحال والمعنى ان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما حال كون احدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الاولية كون الضمان عليهما حال ان يتوليا القبول من الناس معاً فيصير قوله صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما وان كان احدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته انتهى فلا محذور في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل بحذاقته وهو متعارف فوجب القول بصحته انتهى

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل **قال** ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر **قال** وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقيق الرضاء **قال** وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز له ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا

قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال الامام الزيلعي في شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف تتصور ان يكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى هنا كلامه اقول ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا تمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية فمعنى الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة الصنائع والتقبل وكان صاحب الهداية اطلق شركة الوجوه لان احدهما يقبل العمل بوجاهته انتهى كلامه وكان صاحب الهداية لم يعتبر الفرق كلا وقال الوجه الصحيح ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان في قوله في الحقيقة نوع نبوة من هذا انتهى اقول ان قيد المصنف الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة اخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا انها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه اي عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة من هذا في شيء تأمل تقف

كتاب المكاتب

قال صاحب النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز من البيع والطلاق والعتاق انتهى اقول ان قوله وبهذا وقع الاحتراز من البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل ومختل لانه يرد عليه ان يقال ان وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة ايضا فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة اخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم ان لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل يكفي تحقق كل واحد منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره ايضا ام لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه من تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه اصلا كما يظهر بالتأمل الصادق وكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة الى هنا لفظ العناية اقول في كل واحد من نقله وبيانه اختلال اما في نقله فلان الهبة

اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمنها في النقل في البيع والطلاق والعتاق واما في بيانه فلانه قيد الهبة في البيان بشرط العوض والطلاق في
ثنايا النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال تخرجها على الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها اصلا فيخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال حتى تخرج
الهبة بشرط العوض فلا وجه للتعقيب في البيان ثم انه لم يذكر النكاح مذكور في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان بخروج النكاح ايضا لقوله انه انما
بطريق الاصالة ولا يخفى ما فيه وايضا كان الطلاق والعتاق مطلقين في المنقول وقد قيدهما في البيان بكونهما على مال فجعلهما خارجين بقوله بطريق الاصالة
ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير المال شيء من القيدين مع انهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرناه في الهبة بلا شرط عوض
تأمل ثم قال صاحب غاية البيان ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب لهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء
عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من احكام العتق ايضا انتهى ونقله صاحب العناية وزيفه حيث قال وذكر في بعض الشروح
ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب لهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء
حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو
انسب بالاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات الى هنا لفظ العناية اقول في نقله خطأ لان المذكور في كلام صاحب الغاية لان الكتابة مآلها
العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة مآلها الولاء وبينهما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب الغاية بقوله لان الكتابة مآلها العتق بيان
المناسبة بين العتاق والكتابة وبقوله والولاء حكم من احكام العتق ايضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء ايضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلام
بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما نبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج
عن سنن السداد قصد رد تزييفه ايضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان اراد به انها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة الا يرى انه اخراج اليد
حالا والرقبة مآلا وان اراد انها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع اجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير
مسلم ايضا وكيف والعتق على مال باب من ابوابه وقوله لان نسبة الذاتيات اولى من نسبة العرضيات محل كلام الى هنا كلامه اقول يمكن دفع ذلك كله بان
مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا ومقيد بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك اذ
ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في
كل من شقي ترديده اما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلانه لا شك في ان ليس في الكتابة اخراج الرقبة عن الملك
حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج واما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلان الكلام في الانسبية لا في محض المناسبة
فلا تمشية لقوله ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع اجزاء مفهومه ثم انه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط
عوض لا بشرط لا عوض كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض في
مفهوم العتق مما لا يدعيه احد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض واما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعم ما بشرط العوض
ايضا اذ قد تقرر في موضعه ان بلا شرط شيء اعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء فيصير المعتبر في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض
فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه على ما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات اولى

وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء

من نسبته الى الذاتية ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقرر في موضعه ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففي الكتابة كون ملك الرقبة بشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند اهل الشرع واما العتق فامر خارج عن مفهومها وانما هو ثمرة لها يحصل عند اداء كل البدل وكذا الولاء خارج عنه فانه حكم من احكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت انسب للاجارة من العتق ثم ان كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك واشتراط فكان انسب لتقديم اقول هذا امر عجيب منهم فان مجرد شبهها من بعض الحيثيات بالبيع الذي من جنسه وفيها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها كيف يجعل ههنا وجها لتقديمها على الكتابة وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندي ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبيلها المبينة في صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبة لما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبيلها وهو الهبة اقتضت ايضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يفوت امر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل وجه انتهى اقول هذا التعريف خال من التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه ماذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال اما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة او بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ان يكون على اداء العبد مالا معلوما بمقابلة عتق يحصل له عند ادائه انتهى حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله او بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على اداء العبد مالا معلوما الى آخره من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بان يقال الكتابة تحرير يدا في الحال ورقبة عند اداء المال وما ذكر في الوقاية وغيرها بان يقال الكتابة اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مالا فليتدبر **قوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء** قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية حتى الفقهاء الا ان عند اصحاب الظواهر كذا ورد الاصفهاني ومن تابعه ان هذا امر ايجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه انتهى اقول بقي اشكال وهو ان صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للندب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذاك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود انتهى فعلى هذا كيف يتم القول بان هذا الامر ليس للايجاب باجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من جلة الصحابة المعروفين بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه الله تعالى من اعيان التابعين وكبار الفقهاء وعن هذا قالوا اجالس الحسن وابن سيرين فنقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء في ان ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا ان يقال ان ما ذكر في الكشاف انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية محفوظة من عمر وابن سيرين لا انه مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا بين الفقهاء فتامل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله باجماع الفقهاء احترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب من اصحاب الشافعي ورواية عن احمد فانهم قالوا يجب الكتابة اذا سال العبد اذا كان ذا امانة وذا كسب فالامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية انتهى كلامه اقول فيه نظر فان كثيرا

انما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلابد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع

من هو لا عتبار سيما الشافعي واحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء عن قولهم بالايجاب في هذا الامر وقولهم ذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فاني يصح الاحتراز به عنه اللهم الا ان يقال يمكن ان يراد الاحتراز على عدم تسليم نقله بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك فتامل **قوله** وانما هو امر ندب هو الصحيح بهذا احترازا عما قال بعض مشائخنا ان الامر للاباحة للندب كما في قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كثيرا كذا في الشروح اقول هذا وما مر انفا من قول بعض العلماء بكون الامر فيه للوجوب ينافي ظاهر ما ذكره الامام الزاهدي في شرح مختصر القدوري في هذا المقام حيث قال وانه للندب باجماع الامة انتهى اذ قد علم منها ان كون الامر للندب في فكاتبوهم ليس ما وقع عليه اجماع الامة بل ما وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بانه للندب كما هو مذهب اكثر العلماء **قوله** وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه تقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا انتهى اقول هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا ان التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا ان لا يبقى لذكره فائدة اصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ما مر في عامة الشروح **قوله** والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله اقول لقائل ان يقول فعلى هذا لا يكون في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لا مباحا اذ قد تقرر في علم الاصول ان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وان المكروه ما كان طرف تركه اولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور ان لا يكاتبه كان جانب الترك اولى فيصير عقد الكتابة اذ ذاك مكروها لا مباحا فينافي قوله فيما قبل وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتامل **قوله** لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد الى اخره قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالراي يدل على زيافة الحديث كما عرف ولهذا ازيفنا ما روى اصحاب الشافعي انه عليه السلام قال ابتغوا في اموال اليتامى خيرا كيلا ياكلها الزكوة في ايجاب الزكوة في مال الصبي بان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج احد منهم بهذا الحديث قلت جاز انه ما بلغ اليهم انتهى كلامه اقول في الجواب بحث لانه مشترك الالزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة بان يقال جاز ان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم ان لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالراي على زيافة حديث قط مع انه خلاف ما عرف والاظهر في الجواب ان يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالراي بل يقال يجوز ان يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث اخر بخلاف ذلك كما روي انه عليه السلام قال اذا اصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروي انه عليه السلام قال يودي المكاتب بحصة ما ادى دية حر وبما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب الذي يدل على زيافة الحديث انما هو اختلافهم بالراي لان استعمال الراي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول **قوله** ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير تصريح كما في البيع وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على انك ان اديته الي فانت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة

ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع **قال** ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق **قال** ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة اذن الصبي في التجارة ... ولا ان القبول لا يتحقق منه ولا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع **قال** ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها ... [illegible]

[illegible]

قال واذا صحت الكتابة ... [illegible]

[illegible]

وكانه قال وثبتت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو نص على ذلك انتهى الاداء كذا ذكره عند الشافعي تفسير التنجيم الى نجم ونحو بان قال جعلت عليك الفا على ان تؤديها الى كل شهر كذا المبسوط كذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا من الحواشي الجلالية والمبسوط ولا يخفى عليك ان ما ذكره من الضم ليس تفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى اقول جعل المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على في عبارته بمقابل الا بعد ان يدعي تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال ما تخرج من يده فيتحقق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسير الكتابة لان موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك ايضا فيجوز ان يكون [illegible] راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك اي امر ربك [illegible] واسأل القرية اي اهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض **قوله** ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي [illegible] عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة [illegible] على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوة وكان الله تعالى امرنا بان نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا بها على اداء الكتابة والمامور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة حمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم لانا لم نجعل القرآن موجبا بل نقول الامر اشتمل من قرينة غير الموجب للندب في قوله فكاتبوهم قرينة لذلك كذا في العناية اقول فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم [illegible] ان يكون قرينة لكون الامر في قوله وآتوهم لغير الوجوب [illegible] ملاحظة ايجاب القرآن نظم القرآن في الحكم اذ لا دلالة في مجرد كون امر لغير الوجوب آخر ايضا لذلك حتى يجعل كون الامر في [illegible] قرينة لكون الامر في وآتوهم ايضا كذلك **قوله** بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك [illegible] القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت [illegible] صاحب العناية ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب ثابت لان المسلمين [illegible] بامانته والطرق متسعة هي ستة الاستقراض والاستيهاب والاستعانة بالزكوة والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت انتهى وتبعه اثره الشارح العيني اقول هذا السؤال ليس بوارد لانه ان اريد ان احتمال القدرة قبل العقد ثابت في حق المكاتب فليس كذلك قطعا اذ لا اهلية فيه للملك قبل العقد قط فاني يثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان اريد ان احتمال القدرة عقيب العقد ثابت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على اصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد في السلم لكون العاقد فيه اهلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس باهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت القدرة على البدل له قبل العقد وهذا امر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي ههنا ان يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا ان العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئا من الاموال ولا يقدر عليه لعدم اهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به الا يرى ان المفلس لو اشترى اموالا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالكا لشيء من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم ان يكون العبد مالكا له حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد اشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا ان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه انتهى **قوله** واما تخرج من يده فيتحقق معنى الكتابة وعلى الشافعي بالكسر [illegible]

فصل في الكتابة الفاسدة **قال** واذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة **قال** فإن أدى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا بأداء قيمة الخمر لأن البدل هو القيمة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه انما يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فأنت حر لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينها وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط وأما الميتة فليست بمال فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع **قال** ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لأنه عقد فاسد فتجب القيمة بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد

قال صاحب العناية في شرح هذا المحل مآل الكتابة الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيتم مالكية يده احتمالا في الحال الى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء وقال فإن قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف تحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس ثابتة للمكاتب من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه أقول فيه خلل لأن هذا الجواب ينافي قوله فيما قبل الى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء ولأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم اليه موجودين في الحال ومدلول ما قاله أولا أن يكون المضموم اليه حاصلا عند الأداء لا في الحال والا يلزم أن تكون قوله التي تحصل عند الأداء لغوا محضا كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قلنا قال لا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز أن ايجاد الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فإن تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بتحقق الخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الأداء على أن مبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير الى تحقيق معنى الضم في الحال

فصل في الكتابة الفاسدة أخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة **قوله** أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم غير من مسألتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالأول دون الأولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكأنهما صارا مسألة واحدة والا فهما مسألتان مستقلتان في الحقيقة كمسألة الكتابة على القيمة وقد أدى الى هذه النكتة في بسط تفصيل المسائل ههنا حيث أساء كلامه على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ومن هذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة الى آخره مع أنه في الحقيقة مسألة ثالثة بلا ريب **قوله** وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل معنى قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر كلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية تمشيته يصح ان كان الألف واللام في القيمة بدلا من نفسه وأما اذا كان بدلا من الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى أقول ما قاله الشارح العيني ليس بشيء أما أولا فلأن ظاهر الرواية انما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه والمروي عن أبي يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الألف واللام في القيمة بدلا من الخمر انما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا اذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في جزء وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى فقوله سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا من نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض وأما ثانيا فلأن صاحب غاية البيان من الشراح جعل الألف واللام في القيمة بدلا من الخمر حيث قال في شرح المقام ذكر أبو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فيعتق اذا أدى أيهما كان الخ انتهى وأشار الى ذلك صاحب العناية بقوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في

وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اداه كاتبه عن تجبد
يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه وانزالحيالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب

بعض الشروح فقول العيني ولشارح ما حاصله الالف واللام في القيمة الابدل عن نقصان اراد به الكتابة كما هو الظاهر فلينتبه والافلين ممن يسيد

قوله وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او اخراج في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى من العقد فتفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تام في نفسه اما الاول فلان الشارح كلمة هذا في قول المصنف وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه والمعنى ان ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ما رضي بالنقصان عن المسمى والعبد رضي بالزيادة عليه كيلا يبطل حقه في العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعي بلا كلفة اصلا وقد شرح بهذا صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب رضي بالمسمى وزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا والمولى ما رضي بالنقصان عنه انتهى واما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيختل كلام المصنف لانه اما ان يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم ان يكون قوله فيما قبل ولا تنقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان عن الكلية مع انه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيده اذ لا يستدعي عدم رضى المولى بالنقصان عن المسمى الى وجوب المسمى مع وجوب القيمة بالغة ما بلغت لجواز ان تكون القيمة اكثر من المسمى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة فيرد عليه ان يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا دخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى لعل الشارح المسطور انما اغتر بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضي بالزيادة الى آخره لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك ايضا واما الثاني اي انه غير تام في نفسه فلان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا سواء كان ناقصا عن القيمة ام لا فما يخالف رضاه انما هو النقصان من المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البدل المسمى فيها اقل من القيمة فانه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة ايضا على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان النقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تامل تقف ثم قال صاحب العناية ولعل المتصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت الحق له اصلا لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما يقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كيلا يبطل حقه في العتق اذ الظاهر ان بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به اولا ومورد ما قيل انما هو قول المصنف كيلا يبطل حقه في العتق اصلا كما صرح به في النهاية وغيرها فكيف يسقط ذلك بما ذكره الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد واجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كيلا

لانه لا يتوقف فيه على مراد العاقد لا [illegible] احتاج الى [illegible] لا يثبت العتق [illegible] قال [illegible] حتى [illegible]
[illegible] كانت [illegible] لا [illegible] في صورة [illegible] لا يحتاج الى المولى [illegible] قيمة [illegible]
[illegible] لان المسمى [illegible] المسمى [illegible] العتق [illegible] على [illegible]
[illegible] على ما [illegible] والكتابة [illegible]
[illegible] عدم الاجازة [illegible] الكتب [illegible] الجامع [illegible]
[illegible] ابي يوسف [illegible] الكتابة [illegible]
[illegible] الكتابة [illegible] المكاتب [illegible]
[illegible] ان العتق [illegible] لا يعتق [illegible]
[illegible] الكتابة [illegible]
المكاتب [illegible] الكتابة [illegible] العقود

يبطل حقه في العتق واعتبارا قيمته بعد ثبوت العتق باداء الخمر وانه لا يقبل ابطال ملكيته فيتصور بطلان حقه في العتق قلت يحتمل ان القاضي يرى صحة ما روي عن ابي حنيفة انه اذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان اديتها فانت حر لا يعتق باداء الخمر لا يعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان مقتضى هذا الجواب ان يكون قوله كيلا يبطل حقه في العتق مبنيا على عدم نفاذ القاضي بتلك الرواية لا الرضا من العبد بالزيادة والمذكور في الكتاب خلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب واما ثانيا فلان ذلك على تقدير تمامه انما يمشي في صورة ان لم يقل المولى للمكاتب على الخمر ان اديتها فانت حر لا في صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند اداء الخمر في هذه الصورة فلا رأي للقاضي فيها مع ان ما نحن فيه يعم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحبي النهاية ومعراج الدراية ردا على المصنف بما حيث قال ثم قوله كيلا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضي بالزيادة لانه يحتمل ان يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى فان ابطل حقه لان ذلك يقع مشوبا بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعا له انتهى اقول ليس ذاك بسديد لان تحمل الزيادة انما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس كذلك لا محالة فانه اذا اختار الرق يصير هو ما اكتسبه ملكا لمولاه ويقدر المولى بعد ذلك على ان يستعمله كيف يشاء فيحصل له اكثر من تلك الزيادة فلم يتغير رضى العبد بالزيادة ضرر عليه بل في عدم رضاه بها ضرر له اصلا ثم قالا والاولى في تعليل ذلك ان يقال لان العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو اقدم عليه باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى وكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة انتهى اقول هو ايضا غير سديد لان في التعليل بما ذكراه مصادرة على المطلوب فانا نعبد وان ثبت بدليل ان موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضي بالزيادة فلو عللنا هذه المقدمة بما يبتني على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعا ثم اقول بقي شيء في كلام المصنف وهو ان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان الى آخره دليل شاف فيه تمام المدعى وهو ان لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه الا ان قوله لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد هي مستدرك منها لانه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وغير دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على ان لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة وكان الاولى طرحه من البين كما في الكافي في قوله لانه لا يتوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته قال صاحب العناية وتقريره ان الثوب عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه اقول فيه كلام لانا لا نسلم ان ارادة المطلق منه قوله والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فان اريد انه من الثوب بلا لزم انه ليس بموجود في الخارج اذ الابهام انما ينافي التعيين لا الوجود في الخارج وكم من شيء مبهم موجود في الخارج وان لم يتعين خصوصيته عندنا وان اراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم انه ليس بموجود في الخارج ولكن لا نسلم قوله فتعين ان يكون المتعين مرادا لجواز ان يكون المراد هو المبهم فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال ايضا ولا يتأتى فلان الامكان منع امكان استدراك مراده بتقويم المقومين في صورة الكتابة على القيمة بناء على التقرير في صحة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مرادا وتعذر الاطلاع

ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع

على ذلك لاختلاف اجناسه ولا شك ان الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة ايضا الا يرى الى قول المصنف فيما مر واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كانت على ثوب او دابة انتهى فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده في صورة الكتابة على القيمة مع تفاوتهم فتامل قوله ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك لا تصلح مستثنى يعني انما يستقيم الاصل المذكور لكن نقول ان ذلك فيما صح استثناؤه من غير ان يورث فساد العقد وههنا استثناء العبد بعينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر في اول الفصل فكذلك لا تصلح ان تقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي اقول يرد على هذا التعليل انه يقتضي ان لا يصح الكتابة فيما اذا شرط ان يرد المولى عليه عبدا معينا ايضا بجريانه فيها ايضا بعينه فان قيمة العبد المعين ايضا مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في اول الفصل وعدم المناسبة بين عين العبد المعين وبين الدراهم ايضا ظاهر مع انهم صرحوا بان الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا وان صاحب الهداية والغرر علل هذه المسئلة بوجه آخر وعزاه الى الزيلعي وقد اورد عليه النقض بما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد يشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز للنهي عنها كذا قال الزيلعي ويرد عليه انه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا او امة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو ان بدل الكتابة ما في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح ان تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح ان تكون مستثنى من بدل الكتابة انتهى ولا يخفى على ذي فطانة انه لا فرق بين الوجه الذي عزاه الى الزيلعي والوجه الذي عزاه الى الكافي في ورود النقض بالصورة المذكورة عليهما فذا الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمستحق قوله اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة قال في العناية واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كانت على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب ان اللفظ ان يشتمل اجناسا عالية كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منعه فيما ينبني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما ينبني على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى اقول ليس السؤال بشيء ولا الجواب اما الاول فلانا لا نسلم ان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لان المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر ان العبد يتناول اجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل انواعا وان ما يشمل انواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن او النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن

ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه ينبني على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال ولو كاتب النصراني عبده على خمر جاز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير متعين فيجبر على تسليم القيمة فيه بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسخ البيع على ما قالوا لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان البدل خمرا والمتعاقدان مسلمان حيث لا يعتق الا باداء الخمر لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكرنا انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان ما نقل من ذلك الكلام ان العبد يتناول الحيوان ساحتى يبطل مدار الاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من امثال هؤلاء الفحول واما الثاني فلان الجواب المزبور بعد ابتنائه على القول بمراعاة الاجناس لا يجدي شيئا في دفع الاعتراض المتعلق بعبارة المصنف فانه مبني على اصول اهل المعقول دون اصطلاحات اهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين اي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه مما بيناه فيما عرفت آنفا واما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده بالجواب المزبور ان التقييد بالجنس في قوله ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة لبيان الجنس الاسفل فيرد عليه ان الجواب المزبور على تقدير تمامه لا يفي به البيان قوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه ينبني على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا ان هذا الذي قاله الشافعي قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء والاول ممنوع لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء في ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه جعل قول المصنف فاشبه النكاح متفرعا على الشق الثاني فقط حيث قال فاشبه النكاح في الانتهاء وليس بتام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله واما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما لم يقل به احد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني فانهما قالا في تعليل قول المصنف فاشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى وكان حق المقام ان يجعل قوله فاشبه النكاح متفرعا اما على الشق الاول فقط او على مجموع الشقين واما ثانيا فلانه قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لزيادة الاستظهار وليس هذا ايضا بتام لان مجرد مشابهة الشيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه او في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع ايضا فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لما ظهر اختصاص ما بينهما من المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم تمام قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما هو المفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء الى آخره فكان قوله بخلاف البيع الخ عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله الظاهر ان اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب ان يفعله لكونه العمدة المقصودة بالذات والا فقد ذكر في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب ان يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف ينبني على العقد الصحيح انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يذهب على من له ادنى مسكة ان ما ذكره من التعليل بقوله فان جواز التصرف ينبني على العقد الصحيح فانما يقتضي تاخير هذا الباب عن احكام الكتابة الفاسدة بل تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وان لا يفعله انتهى اقول هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المزبوران لكن فيه ايضا سماجة فان حمل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على ان لا يفعله فمعناه انه شرع في بيان ما يجوز ان يفعله المكاتب وما يجوز ان لا يفعله وليس الذي ذكر في هذا الباب وقصد بيانه انما هو ما يجوز ان يفعله المكاتب وما لا يجوز ان يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى **قال** فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبرناه اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة **قال** ولا يتزوج الا باذن المولى

ولا يعرف منه مجرد ما يجوز ان لا يفعله فان جواز ان يفعل شيئا لا ينافي جواز ان لا يفعله ايضا كما في الاشياء المباحة التي يستوي فيها جانبا الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا **قوله** ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر قال صاحب العناية قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ثمة انتهى اقول لا يخفى عليك ان ما يصلح ان يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فحديث الاعادة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر الى مسئلتي البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك ان ما ذكره هناك استطرادا انما يكمل ذكره هنا وبهذا لفظ القدوري ههنا انتهى اقول وهذا الذي ذكره هنا ليس بلفظ القدوري وانما لفظه فيجوز له البيع والشراء والسفر تفريعا على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباعتبار المكاتب دون اظهاره والذي ذكره هنا بالواو بدل فاء التفريع والاظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل كلاميهما واحد لكن هذا لا يتحقق فيما ذكره المصنف فيما مر آنفا فانه قال هناك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك ان حاصل معناه متحد بما ذكره ههنا وعن هذا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مذكورا لانه ذكر في اوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا انه لم يذكر في البداية ثمة قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا انتهى فتبصر **قوله** وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابلة فك الحجر والحرية اليدوالمنع من الخروج تخصيص الفك والحرية فليتامل فان مراده بما يقابله نفس المكاتب الا ان هذا الشرط يختص به ايضا كما سيجيء بعد اسطر انتهى اقول ليس ذلك بشيء لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضي كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشيء قد يكون بامر خارج عنه اخص منه كما اذا عرفت الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك تخصيص للحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك ايضا اذ لا ريب ان المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد ما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضي دخوله فيه فلا مجال لدخوله فيه اصلا كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة او فيما يقابله اذ به يتحقق التمكن في صلب العقد كما دل عليه **قوله** وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل اقول لقائل ان يقول قد مر في اول هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف ان المشايخ قالوا ان مشابهة عقد الكتابة للنكاح وملائمتها ردوا على الشافعي قوله بمشابهتها البيع فكيف يصح منهم القول ههنا بتشبيهها بالبيع ايضا ويمكن ان يجاب عنه بان العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي في القول بالعمل بمشابهة دون الآخر لرجحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في تلك المسئلة المارة فتامل **قوله** او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد الى آخره قال صاحب

لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا يثبت الملك للمولى قال فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له

غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتاق او قال في جانب العبد عتق كان اولى انتهى اقول كل من شقي كلامه منظور فيه اما شقه الاول فلانه لو قيل في جانب المولى اعتاق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط في نفس العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا في جانب المولى ان لا يكون الشرط المذكور معتبرا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتاق واما شقه الثاني فلان الاعتاق في قوله في جانب العبد اعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق وكان قوله في جانب العبد اعتاق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم ان الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة ايضا بالشروط الفاسدة لشبهها بالعتق ولقائل ان يقول اذا كان لشبهها بالعتق اثر ينبغي ان لا تفسد الكتابة ايضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم ان الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بينا من التفاسير رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك انه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد او نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى اقول كل من وجهي دفعه غير سالم اما وجه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد ايضا وان رجع الى الحمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعتاقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين يرجع هذا الوجه الى الوجه الاول واما وجه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ للقائل ان يقول اذا كان لشبهها بالعتق اثر ينبغي ان يعتبر اعتاقا في غير هذا الشرط ايضا **قوله لان** الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه قال بعض الفضلاء تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها وقال ولا يخفى انه لا يمكن انتهى اقول بل يمكن تعميمه له اذ الظاهر ان مدار حكمه بانه لا يمكن هو ان المكاتبة بتزويج نفسها تملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود بالكتابة ومأخذ ذلك ما ذكره المصنف فيما سيأتي في تعليل مسألة جواز تزويج المكاتب امته بقوله لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فان بين تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب امته فرقا كما صرحوا به في اثناء شرح مسألة تزويج المكاتب امته فيما سيأتي وقد اوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بان المكاتب لما ملك تزويج امته بهذه العلة ينبغي ان تملك المكاتبة تزويج نفسها ايضا بهذه العلة فيما ينبغي ان تملك المكاتبة لانها تكتسب المهر وتسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط ان المكاتبة لا تتزوج بغير اذن المولى واجاب بان تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعلة فان مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال فلذلك لم يكن هذا العقد منها ولا من الملك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك الجواب ان الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ايضا كما لا يخفى تأمل تقف نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب اذ التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبة لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالمذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال لا يجوز للمكاتب ان يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار

قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والكتابة تحرية قال واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان

بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد احدهما بالنكاح انتهى كلامه فنعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد في الذكر ولكن يرد لتوهم المؤنث اليسا لا محالة قوله وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه انتهى اقول فيه خلل لان الشارح المذكور حقق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها مع انه يملك ايضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج امته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب اعم من التجارة كما سيجيء فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج امته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله او من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها ايضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج امته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتي وقد تقرر عندهم ان من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر قبيل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكها المأذون له ايضا اجماعا فلا محيص عن الخلل في كلام الشارح المزبور الا ان يحمل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام قوله وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج امة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل ان يقول الاعتاق على مال انفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون المعتق من اهل الكتابة مانع ثمة فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا انتهى اقول لا يمر في هذا الكتاب في كتابه ولا في شيء من الكتب ان العتق انفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة انفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول البدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان الاعتاق على مال يزيله قبله ايضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المفلس كما مر انفا فلم يكن انفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا قوله واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته اقول في هذا التحرير نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكر قبيل هذه المسألة من قوله وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز فمع كون كلمة اما في قوله واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يأباه اذ حكم ما ذكر قبيله ايضا عدم الجواز يشكل قوله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته فان تزويج الامة ليس بداخل في تلك الصور المذكورة قبيل هذه المسألة فما معنى بيان خلاف ابي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب حتى يتجه عليه انه يجوز البعض من ذلك كالبيع والشراء فانهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب اصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكرت في اول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة الى اخره كما ذكره صاحب العناية ثمة قلت قد عرفت هناك ان ما يصلح للتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتي جواز البيع وجواز الشراء بحيث الذكر لا تمهيدا دون الاصالة لا يتم عذر الاهمال ولا بناء اعلم ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب ما لا يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط عدمه وانكاح امته وكتابة عبده وثمة ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا باذنه ولا الهبة ولو بعوض والتصدق الا بيسير والتكفل والاقراض واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال ولا شيء من ذا الاب والوصي من مأذون ومضارب وشريك تعقبه شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الى اخره لكونها على قرن واحد ثم لم يحمل على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتي البيع والشراء من المثبتات واما في هذا الكتاب فلا يتيسر ذلك التوجيه اما اولا فلان المنفيات لم تذكر

هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة واما المكاتب يملك الاكتساب

فيه على تزويج احد بل ذكرت كل واحدة من المسائل الثلاث مختلطة مع الاخرى فلا يتم الاشارة الى البعض دون الآخر بالثنا وثانيا فلان قول وقال ابو يوسف له ان يزوج امته يمنع ذلك لان تزويج الامة من قبيل المستثنيات في المكاتب وانا اتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض احد منهم للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير **قوله** هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة اي ابو يوسف رحمه الله قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان يزوج امته فكذلك المأذون له واعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له ان يؤجر عبده وامته فكذلك يجوز له ان يزوج امته كذا في الشروح اقول في كل من قياسه واعتباره نظر اما في الاول فلانه يلزم قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له ايضا قياسه عليه في كتابة عبده ايضا فان المكاتب يجوز له ان يكاتب عبده فينبغي ان يجوز للمأذون له ايضا ان يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق واما في الثاني فلانه لو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جوازها للمأذون له يقتضي جوازه له ايضا لزم ان لا يجوز تزويجه عبده ايضا كما يجوز اجارة عبده وامته على ما نصوا عليه لانه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في الشيئين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان سبيله القياس جدا وان استعمل لفظ القياس لذلك واما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان للمنفعة حكم المالية الا ترى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنا كان اليق انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانه ان اراد بقوله اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرفات ان في كل منهما فك الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابيهما وان اراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف الذي اطلق في الآخر ايضا فليس كذلك ايضا الا يرى انه يجوز للمكاتب ان يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق وان اراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق بعض من التصرفات في الجملة فبهذا القدر لا يتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن ظهورها واما ثانيا فلان قوله لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على ان يكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الجهة المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات الاخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته انتهى اقول هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يشهد عليه جعله دليلا على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينين قلنا ان اراد انه لا يكون بين العينين من حيث ذاتيهما فهو مسلم ولكن مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله فيهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان اراد به انه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس هنا غير الشرعي كان منع الاولوية ايضا ساقطا لان لفظ القياس اكثر واشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبرا في اصل معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري قاس الشئ بغيره وعلى غيره قاس الشئ بالشئ قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين اللذين بينهما مماثلة خفية احسن من العكس قطعا لان فيه توفية الاقوى بالاقوى والاضعف للاضعف ثم ان صاحب العناية هنا ان يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قيل نقلا عن النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اقول ان اراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا وان اراد انهما مترادفان في عرف الفقهاء والمصنفين فلا دخل فليتتبع **قوله** ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة اقول كان الظاهر ان يقال ان المأذون له

دون الكتابة ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة وهي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملكه المأذون ... **فصل قال** وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الإمكان ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه وإن اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله أن للمكاتب كسبا لا ملكا غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى إن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر ولأن هذه قرابة توسطت بين بني الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق وبالأول في الكتابة وهذا أولى لأن العتق أسرع نفوذا من الكتابة حتى إن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه وإذا أعتق لا يكون له فسخه **قال** وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه إذا كان معها ولدها أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام أعتقها ولدها وإن لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد لأنها أم ولد خلافا لأبي حنيفة رحمه الله

لا يملك إلا التجارة بالقصر حتى يلزم من ضم المقدمة الثانية وهي قوله هذا أي تزويج الأمة ليس بتجارة أن لا يملك المأذون تزويج الأمة فإن مجرد أن يملك التجارة لا ينافي أن يملك غيرها أيضا فلا يلزم من أن لا يكون تزويج الأمة تجارة أن لا يملكه المأذون له فلا يتم التقريب **قوله** ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة إذ هي مبادلة المال بالمال أقول يرد على قوله إذ هي أي الإجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريف البيع بمبادلة المال بالمال بالإجارة مع أنه تعريف مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء من وجه آخر حيث قال فيه بحث لأنه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة فليتأمل انتهى أقول يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة في صدر كتاب المكاتب من قولهم أورد عليه الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال انتهى بأن مرادهم بما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال في قوله إذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وإن لم يكن مالا حقيقة فإن أحد البدلين في عقد الإجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة العين وإقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله إذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكرنا أن المنفعة في الإجارة في حكم المال انتهى ثم أقول ويمكن أن يحمل المال في تعريف البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكامل فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالإجارة لأن أحد البدلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفته آنفا ثم إن جماعة من الشراح قالوا في تعليل قول المصنف إذ هي مبادلة المال بالمال لأن المنافع في باب الإجارة مال قال صاحب النهاية بعد ذكر التعليل لأن المنافع في باب الإجارة تصلح مهرا في النكاح مع أن النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم انتهى كذا قال صاحب غاية البيان غير أنه لم يذكر الواو في قوله لأن المنافع في باب الإجارة تصلح مهرا في باب النكاح بل جعله علة لما قبله أقول فيه بحث لأنه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وإن تزوج حر امرأة على خدمة سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا انتهى فإنه صرح فيه بأن المنافع ليست بمال على أصلنا في باب النكاح فتأمل

فصل لما فرغ من ذكر مسائل نوع الكتابة بطريق الأصالة شرع في ذكر مسائل نوعها بسبيل التبعية وما يتبعهما إلا أن التبع يتلو الأصل **قوله** وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه إذا كان معها ولده وقال صاحب العناية في شرح المقام المراد بالمكاتب لغة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه ثم ملكها فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق أقول في عبارته خلل لأن اللغة بالمعنى الثاني وصف المراد يخالف اللغة إذ قد تقرر في كتب اللغة عامة أن لفظ الثمن يستوي فيه الإنسان والجمع والمؤنث حتى قال صاحب المغرب إلا أنه ثنية فلم أجده انتهى **قوله** وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام أعتقها ولدها قال بعض الشراح فإن قلت إذا ثبت للولد حقيقة الحرية تثبت للأم حقها وههنا ثبت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للأم حقها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للأم ذلك الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة فإن قلت لم لا يصير مكاتبة تبعا للولد قلت لأن العقد ما ورد عليها انتهى أقول فيه نظر لأن عدم ورود العقد عليها إنما يقتضي أن لا تصير مكاتبة تبعا للولد وإنما يقتضي أن لا تصير مكاتبة أصالة ألا يرى أن المكاتب إذا اشترى أباه أو ابنه في كتابته تصير مكاتبا تبعا لولده كما مر مع أن العقد ما ورد على الأب هناك أيضا قطعا فالمطلوب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال بأنها لا تصير مكاتبة تبعا لولدها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها في حق الحرية الأصلية فإنها لا تصير في الحال متحررة ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه فلهذا لا تصير مكاتبة تبعا لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الأول بخلاف الأب إذا ملكه ولده فإنه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة

[illegible]

الحرية . فيما تحقيقا للصلة بقدر الامكان على ما مر ثم قال الشارح الشريعة فان قلت انعقد اولد الولد ايضا فليت يعود على المكاتب فالولد بنزوه فيكون وارد عليه الا الاستيلاد قلت قول فيه ايضا نظر لان كون قرابة الولد قرابة جزئية لا تقتضى ان يكون مورد العقد هو الاب وبعد تبعية الولد ايضا والا يلزم ان يكون كتابة الولد ايضا فيما اصالة لا تبعا لوالده فالصحيح قول المصنف ادخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى ويلزم ايضا ان لا تثبت فرق بين ابي حنيفة رحمه الله وصاحبيه فيما اذا كان ولدها معها في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه مرتين قوله الا ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولدها الى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه قال صاحب العناية فان قيل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما مر فاول الدليل تخصيص نفسه بالابتداء انه مناف لعدل الكلام ثم قال والجواب انه ليس بحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه فيترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد الى هنا كلامه اقول في الجواب بحث وهو ان الاثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو مطلق باطلاقه يتناول الصورتين معا فعوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان اراد ان الاثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وان اراد به ان ذلك المعنى ثابت متقرر بدون دلالة الاثر المذكور عليه فهو يؤدي الى المصادرة اذ هو اول المسئلة فان الامام لم يقبله ولهذا لم يجز بيع المكاتب امراته المشتراة التي ولدت منه قبل ان يملكها بناء على انها ام ولد له وان لم يملك ولدها قط على ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على قول اصحابنا جميعا لانه ان اراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط في عتاق الولد امها عند احد منا فانها الاثر ان المراة اسم لذات نفسه لا يجوز بيعها بالاثر المزبور بعينه مع ان الولد هنا كالعين بل كون الاب ملك اليمين بلا ريب وان اراد به ملك ملك التصرف في امره بالولاية عليه فهو ايضا ليس بشرط في اعتاق الولد امها عند اصحابنا فان من استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له عند اصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع ان التصرف في امر ذلك الولد والولاية عليه انما هو لذلك الغير الذي كان مولى هو لكن الولد سببا لكانت الامة مملوكة له عند الاستيلاد لا للاب فظهر ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على كل حال **قوله** ومن زوج امته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها وفي بعض النسخ دخل في كتابتها وكان كسبه لها اي في الدخول تبعها وفي الكسب تبعها خاصة قالوا ولا فائدة لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تامل اذ لا يجوز ان يقال فائدة ان يعتق بعتقها سواء كسب ام لا بان لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان المراد ان فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام ثابتة لم يتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة ابيه كان القول دخوله في كتابة امه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد بعتق امه انما يكون فائدة للولد نفسه لا للمدخل فيه الكلام في الثاني لم يسلم منه السائل واجعل فائدة الولد لنفسه للدخول فيه واجعل فائدة الولد انه ايضا لا يساعده كلامه قوله ايضا انما يتحقق بالنظر الى دخوله في كتابة امه فقط فلا ينافي كون الاول هو الوجه بل يؤيده ولما حيث ان الاول الى ما يبلغ مبلغ الكسب فلا فائدة له فيها لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح ان يكون فائدة في الجهة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله حيث فائدة

فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من مسائل الفصل الاول فصلها بفصل وحدها بالذكر كذا في الشروح **قوله** ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة قال الشارح الشريعة فان قلت ينبغي ان لا يسقط لان للاكساب تسلم للمولى والاولاد التي اشتراها بعد الكتابة وهذه فائدة بقاء كتابة الكتابة بقيت [illegible] الشرط بالشرط السبب يسقط الا انه لو قال للمراة ان دخلت الدار فانت طالق ثم

قال فإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأولاد والأكساب لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية قال وإن كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة وإنما الثابت مجرد الاستحقاق وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة

ثم إنما يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الأكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب أقول في الجواب نظر أما أولا فلأنه قد تقرر فيما مر أن العمل بالشبهين إنما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لأن جهة كون الكتابة معاوضة يستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا يستلزم سقوطه وهما أعني السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانيا فلأن العمل بالشبهين إنما يتصور ههنا فيما يتصور حين ثبوت الكتابة لا بعد انتهائها لأن المعاوضة والشرط قد بطلا فيها لا يتحقق حينئذ محل المشابهة بالكلية فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الأكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط ثم أقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار إليه المصنف في المسألة الآتية بقوله غير أنه تسلم لها الأولاد والأكساب لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا انتهى تأمل **قوله** وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية قال صاحب العناية إن قيل أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين أجيب بأنه لا تنافي بينهما لكونهما يقتضي عتق المتلقاة على سبيل البدل انتهى وقال بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بأن يقال إن أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة يسلم لها الأكساب بخلاف العتق بأمومية الولد وإن أراد النوعية فلا تنافي انتهى أقول وجه ورود منعه أما منع الأول فلأن صاحب العناية إن أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال للمنع تسليما لأنه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك بما ذكر من اختلاف العتق بالكتابة والعتق بأمومية الولد في اللوازم سندا للمنع وذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم أمر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة إلخ يؤيده لا يصلح أن يكون سندا للمنع ذلك بل إنما يكون علة لسقوط المنع منه وأما منعه الثاني فلأنه إن أراد بقوله فلا تنافي في قوله وإن أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الأكساب لها بخلاف العتق بأمومية الولد فأنى يجتمعان معا وإن أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل أنه قال **قوله** غير أنه تسلم لها الأولاد والأكساب لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه قال صاحب غاية البيان فإن قلت كيف يقول النظر في إبقاء حقها إليها ووجهها الحرية وقد يحصل لأي في إبطال حق الغير لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكانت رقيقة ولم تعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لأنها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الإيراد عن الشارح المزبور وأنت خبير بأنه ليس فيه إبطال حق الغير فإنها عتقت وهي مكاتبة ولكنها منع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى أقول ليس هذا بصحيح لأن ملك المكاتب والمكاتبة في أكسابهما إنما هو يد لا رقبة ولهذا لا يملكان التبرع فيها وإنما رقبة أكسابهما ملك مولاهما كرقبة أنفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق وما يأتي فقوله ولكنها منع ملك الغير فيه ليس بسديد لأن ملكهما في أكسابهما إنما هو ملك اليد لا ملك الرقبة الذي هو المولى فيه رقبة فلا يندفع الاستشكال بلزوم إبطال حق الغير بالنظر إلى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية ولنا في قوله تسلم لها الأولاد أيضا نظر لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد والتعليل المذكور الذي ذكره لأن الكتابة لو اعتبرت منفسخة في حق الأولاد لكون المنفصل لها باقيا لأن حكم ولد أم الولد حكم الأم لأنه تابع لها من غاية الولادة انتهى كلامه أقول هذا النظر ساقط جدا لأن المراد بالأولاد التي ذكرت

وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح تسعى في الاقل منهما وقال محمد رح تسعى في الاقل من ثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة رح في المقدار ومع محمد رح في نفي الخيار اما الخيار فرع تجزي الاعتاق والاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجلة بالتدبير ومؤجلة بالكتابة فتخير

بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة امها من غير مولى وقد اشترتها امها حال الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في قول المصنف تسلم لها الاولاد والاكساب بقوله اي الاولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في احتياج الى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة امثال تلك الاولاد لها اذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة ايضا في حق امثالهم لكانوا ارقاء لورثة المولى فلم يكن التعرض لها بما ينافي حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية في هذا المقام ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل لانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا والاولاد والاكساب لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده ويخلص له ما بقي من كسبه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظر المكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول منهما اليه انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان كون الكتابة عقدا واحدا لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض امورا منها وحدة الجهة وههنا لم تتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والاكساب كما ينبئ عنه قول المصنف لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد فلا محذور اصلا واما الثاني فلوجوه احدها ان انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو تمامها وتقررها فجعله احد طريقي بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل وثانيها ان المكاتبة في مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه ايفاء البدل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على ايفائه باعتبار غير الواقع واقعا بمجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع وثالثها ان قول المصنف لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير ان يحمل المقام على انتهاء الكتابة بايفاء تمام البدل يصير الكتابة في حق البدل في حق الاكساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البدل وبقائها في حق الاكساب والاولاد وجه ورابعها ان حمل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يدفع اصل السؤال لان البطلان على اي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعا اذا كانا من جهة واحدة وان جعلا باختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور اصلا ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان الكتابة حقه بين المكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فقال لعله يشير الى هذا كلامه اقول هذا السؤال ايضا ليس بشيء وجوابه ليس بمرضي اما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع واما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ما تبين في موضعه والامر فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها الدليلان او الادلة كذلك فان المقصود في امثال ذلك التنبيه على ان كلا من الدليلين او الادلة مما يصح ان يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر واما الثاني فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع لان تلك الجهة ان تلزمه ايفاء البدل وقوله لامتناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة لسقوط بدل الكتابة عنها واذا سقط عنها البدل لا يلزمها ايفاؤه قطعا فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليلين على ما لها وما عليها سديدا كما لا يخفى قوله وعنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير لان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا لجواز ان يكون اداء الاكثر المال اليسر باعتبار الاجل واداء الاقل اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا كذا في عامة الشروح وغيرها معراج الدراية الى مبسوط فخر الاسلام اقول فيه شيء وهو ان الفائدة المذكورة انما تتصور في صورة ان كان البدل المعجل بالتدبير اقل من البدل المؤجل بالكتابة واما في العكس فلا اذ لا شك ان اداء الاقل المؤجل ايسر من كل وجه من اداء الاكثر المعجل فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة

وعندهما المعتق كلها يعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما انقياد عليهما اسنده قابل البدل بالكل فقد تم في الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته فكذا ولو تأخر ثلث بمقابلته ثلثي بمنا سقط ثلث الكتابة فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة وعلى هذا جميع البدل مقابل بثلثيه فينما مدة يسقط شئ وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة ومعنى لكنه مفيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا هنا فظهرت ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليها لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شئ فافترقا قال وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له بدونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير

اصلا لتعين اختياره الاقل لا محالة كما قال صاحبا وصح ان الحكم بالخيار في الصورتين عنده كما هو الظاهر من اطلاق المسئلة في الكتب باسرها قوله

وعندهما المعتق كلها يعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجزء عندهما عتق كلها بالتدبير فيعتق بعضها بيد انفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير فاجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا الى نفيها لذلك فلو بما كان بدلها اقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية اخذا من شرح الشريعة اقول في الجواب اشكال لان القول ببقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير ينافي قول المصنف وعندهما المعتق كلها يعتق بعضها فهي حرة اذ الظاهر ان الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فلا يتصور بقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقتها والمنافي للحرية هو الثاني دون الاول قلت لو ابقي حكم الكتابة لا تاجيلها لانه من حكمها ايضا ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الامامين هنا وعندهما لما عتق كلها يعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي اصل المال عليه غير مؤجل الى غيره ولو ابقي تاجيلها لزم ان لا يتم قولها فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير لجواز ان تختار الاكثر المؤجل لكونه دائما ايسر من الاقل المعجل كما مر في بيان دليل ابي حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخيير فلا ينقطع مادة الاشكال قوله الظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته اقول لمانع ان يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها مجازان يحتاج الى استفادة حقيقتها عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها الا ترى انه يجوز للمولى ان يكاتب ام ولده بالاجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من ام الولد بمقابلة ما تستحق حريته كلا لاحتياجها الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلان جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما تستحق حرية بعضها لتلك العلة بعينها اولى لكما لا يخفى فلينا مل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتمشى على اصل ابي يوسف فانه تستحق حرية الكل عنده لعدم تجزى الاعتاق انتهى اقول ذلك ساقط لانا لا نسلم ان المدبرة تستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انها تستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا تعتقان عند موت المولى من ثلث ماله وتسعيان في ثلثيها اذا لم يكن له مال غيرها بالاجماع وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على اصل الامامين وهو عدم تجزي الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما ايضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهر انها استحقتها مجانا من غير ان يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما يلزمها في الثلثين الآخرين وبقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته هو ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته مجانا بخلاف الا يستحق حريته اذ استحقها ولكن يلزمها اذا مال السعاية فانه يجوز ان يستلزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى يتمشى على اصل ابي حنيفة وعلى اصل ابي يوسف ايضا فتذكر تفهم قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال وهو الاجل لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا انتهى وقال بعض الفضلاء اشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا ان يقال ذلك على خلاف القياس بالنص انتهى اقول ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا

[illegible] قال [illegible]

[illegible] قال [illegible]

باب من يكاتب عن العبد قال [illegible]

[illegible] قال [illegible]

[illegible] قال [illegible]

المعنى فى صدد كتاب المكاتب حيث قالوا ورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقالوا اخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة انتهى ثم قال صاحب العناية لا يقال بالاجلت اسقاط البعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا انتهى وقال فى ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم يجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة انتهى اقول ليس هذا بسديد لان المستحق فى كل منهما هو المؤجل والمسقط ايضا هو المؤجل وليس هناك شرط شئ معجل فى المقابلة فلم يوجد التصرف فى غير المستحق اصلا بخلاف ما نحن فيه فان المسماة المعجلة التى وقع عليها الصلح ليست بحقه بعقد الكتابة فلم يكن جعل الصلح اسقاطا للبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال بالاجلت الصلح اسقاط البعض الحق واستيفاء الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان اظهر لان تاثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا فى حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة فى شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فاذا جعل اخذ الكل اعتياضا عن المسماة بجنسها ومن الاجل بجنسها اخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز انتهى قوله وجه الاستحسان انه ابى الخ

فى حق المكاتب المال من جهة لانه لا يقدر على الاداء الا به قال بعض العلماء فيه مناقشة ظاهرة قد سبق ان الاستقراض جائز وبذلك لا يصح الكتابة الحالة فكيف يا مل انتهى اقول هذه المناقشة انما تظهر ان لو اراد وا بنفى القدرة على الاداء الا به نفى القدرة الممكنة وهى ادنى ما يتمكن به من الاداء واما اذا ارادوا بذلك نفى القدرة الميسرة وهى ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور ان اليسر على الاداء فى حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج من يد المولى مفلسا فيمتنع الناس عن اعطائه على قرضه المال فى الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان امكن فى الجملة على ان المصنف واضرابه لم يتشبثوا فى تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه ان معنى الكتابة على المسامحة فيمهله المولى فتى ما تمتنع من الاداء فى الحالة يرده الى الرق انتهى فتم قول ذلك المناقش بذلك الا تصحيح الكتابة الحالة فتدبر

باب من يكاتب عن العبد لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصل فى الكتابة ذكر فى هذا الباب احكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصل لان الاصل فى تصرف المرء انما يكون لنفسه قوله وهو اولى بذلك من الاجنبى يعنى ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز فى حق الاجنبى فلان يجوز فى حق ولده اولى لان ولده اقرب اليه من الاجنبى كذا فى الشرح قال صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك اقول ولعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشائخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى فان الاجنبى فادى انه الحق انتهى وانا اقول ارى ان الحق خلافه وهو ان يكون ثبوت الجواز ههنا ايضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافى وبعض من شراح هذا الكتاب فى ذلك لان من ذهب الى ان ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان اراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعا للام كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى فليس بمستقيم لان تبعية الولد للام فى الكتابة مطلقا انما تكون فى الولد الذى ولدته فى حال الكتابة والولد الذى اشترته فى حال الكتابة لا فى الولد الذى ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من احاط بمسائل كتاب المكاتب خيرا ولا شك ان موضوع مسئلتنا هذه فى كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين قبل الكتابة فلا تتحقق ههنا تبعية المكاتبة واما التبعية الحاصلة بالتسمية الحاصلة فى عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة فى المسئلة الاولى ايضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك قال ههنا لانها عقدت

قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه قال وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا في المسألة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي **باب كتابة العبد المشترك** قال وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما وأصله أن الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن وإذنه له بقبض البدل إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن لشريكه نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ويكون ابنه لأنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هي أم ولد للأول ولا يجوز وطء الآخر لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ

لنفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا في المسألة الأولى انتهى مع أن ثبوت الجواز ههنا على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وإن أريد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتبة على أولادها كثبوتها على نفسها فليس بصحيح إذ قد صرحوا قاطبة بأن الأم الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالأمة وقال هذا هو السر في وضع هذه المسألة في الأمة إذ لو وضعها في العبد ربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما فلا يعلم تساوي العبد والأمة في حكم هذه المسألة

باب كتابة العبد المشترك لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لأن الأصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لأن الاثنين بعد الواحد أقول الوجه الأول هو الراجح لأن الوجه الثاني لا يتمشى في المسألة الأولى من هذا الباب على قول بخلاف الوجه الأول تأمل تقف **قوله** وإذا كان العبد بين رجلين قال بعض الشراح وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى انتهى أقول وجه الأولوية أن حكم هذه المسألة يعم ما إذا كان العبد بين رجلين وما إذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شريكين ينتظم الكل إذ الشريك فعيل بمعنى المفعول من شركه في كذا أي كان شريكا له فيه أي من شارك في أمر مشترك والفعيل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث أو بسبب غيره لفظ الشريك من عداد الأسماء كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم إن صاحب العناية لما أخذ بنسخة بين شريكين حيث قال وإذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال أي بين رجلين أقول هذا أمر عجيب إذ لا شك أن حكم هذه المسألة غير مختص بما إذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يحتمل العموم للرجلين وغيرهما مما لا وجه له ههنا أصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليبا للذكور على الإناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام إياه فكيف بالعكس **قوله** وأصله أن الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة الإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وإنما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه انتهى كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة أي على مذهبهما انتهى أقول هذا خبط ظاهر لأن الإذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعا ألا يرى إلى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسألة أن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز انتهى ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح دليلي الطرفين في هذه المسألة بالتمام قال وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخره انتهى وقال بعض الفضلاء فيه كلام لأن ما سبق منه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق انتهى أقول الذي في كتاب الإعتاق مسألة الإعتاق والمذكور ههنا مسألة الكتابة واستلزام الترجيح قول أبي حنيفة في مسألة الإعتاق ترجيحه في مسألة الكتابة ممنوع سيما إذا كانت كتابة أحد الشريكين بإذن الآخر كما نحن فيه فليفهم إن شيئا لا أبا ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الأصل في كلتا المسألتين هو التجزي عنده فترجيح قوله ثمة لم يكن بالتصريح بل إنما فهم من تأخير دليله في البيان وقد عكس الأمر ههنا وقد فهم منه ترجيح قولهما ههنا لا محالة ولما وقع التعارض بين الكلامين حملنا الثاني على الرجوع عن الأول كما هو المخلص في أمثال هذا فلا محذور ههنا **قوله** ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد قيل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذا لابنها وأجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشيء أقول يعني أن هذا الجواب ليس بشيء لأن ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة رحمه الله ينافي هذا الجواب قطعا ثم قال صاحب العناية وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على إحداهما فكان حرا بالقيمة انتهى وقال بعض المشايخ هذا مخالف لما أسلف

وتعلق في معنى المكاتب لأن في تجزيها بطلان الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا وإذا صار كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد لغيره فلا يثبت نسب الولد منه
ولا يكون حرا عليه بالقيمة فيرثه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين ولو بقيت الكتابة وأدت كيا مكاتبة لأنه قيل يجب
عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لا تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة
ولا ضرورة في حق سقوط نصف البدل وفي إبقائه في حق المولى وإن كان لا ينتفع المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بأبدال منافعها
ولو عجزت وردت في الرق ردت إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا **قال** ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لأنه تملك نصيب
شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك وفي قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه
في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما **قال** وإن كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لأنه
لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف
ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر **قال** وهي أم ولد للأول لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف
عقرها لأنه وطئ جارية مشتركة ونصف قيمتها لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح

الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فقد اتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا يتقوم لما لها انتهى أقول لا ضير في مخالفته لما ذكر في هذا الجواب الثاني لما سلفه هناك تبعا لصاحب العناية في باب البيع الفاسد فإنه قال هناك تبعا لصاحب النهاية إلا أنه صرح هناك بتحقق الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوم أم الولد هنا حيث قال وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه انتهى والمجيب بهذا الجواب الثاني إنما هو تابع لشريحة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن أبي حنيفة في حق أم الولد وأما صاحب العناية فليس بمجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل عن غيره فلا ينافي ما اختاره هناك **قوله** بخلاف بيع المكاتب أي برضاه هذا جواب عما يقال لما انفسخ الكتابة ضمنا هنا فليجز أيضا بيع المكاتب كما انفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد ووجه الجواب أن في تجويز البيع إبطال الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطلناها بالضرورة بالكلية في فسخ الكتابة فيما تتضرر به المكاتب لا تبح هذا ما عليه جمهور الشراح في حل مراده لكلام المصنف هنا كله وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بأن قيل فلا ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى لكلام المصنف بهذا التفصيل قال ويجوز أن يكون بيانا لقوله ويبقى الكتابة فيما وراءه فإن البيع وسائر ما لا يتضرر به فإن المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى أقول لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فلا يتمشى وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عما يرد على قياس أبي حنيفة نقل الكتابة المعروضة من ملك إلى ملك في الأول على مذهبه ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع لما بينا كما به أقول فيه نظر لأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك **قوله** ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبة إلى قوله فللتردد بينهما يجب أقلهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام إذا كاتب رجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار وعند محمد يضمن الأقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما لأنه متيقن قال صدر الإسلام ولأنه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل إليه من بدل نصيبه من هذه الرقبة إلا نصف درهم فلهذا أوجبنا الأقل هذا قولهما في المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه على هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فيضمن في قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه ما ذكرناه إلى هنا كلام صاحب العناية أقول هذا شرح فاسد وتحرير مختل أما أولا فلأن قوله إذا كاتب رجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا خبط فاحش إذ قد صرح في عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سيأتي بعد نصف صفحة بأن قياس أبي يوسف في تلك المسألة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا إن كان موسرا أو يستسعى العبد إن كان معسرا لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار ومن العجائب قول صاحب العناية في الاستدلال على قول أبي يوسف في تلك المسألة لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار إذ لا شبهة على أحد أن ضمان الإعتاق ضمان إفساد والتملك لا ضمان التملك أولم ير قول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لأنه تملك

[illegible]

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى قال [illegible]

[illegible]

كذلك فاما اذا اعتقها احدهما ولا كان بدا ضمان نصفها والمال وان ما قيل لان قوله هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه يشكل على ان ما ذكره فيما قبل باسره كان في حق المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه مع ان ما نقله عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في انه في حق المكاتبة المشتركة اذا استولدها احدهما بالاستيلاد واما ثانيا فلانه صرف القياس في كلام المصنف هذا الى قول ابي يوسف ومحمد معا حيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه يعني قياس قول ابي يوسف ليضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل انتهى مع ان كلام المصنف في المقيس عليه هو مسألة الاعتاق على ما سيأتي صريح في ان محمدا مع ابي يوسف هناك في ان يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقي من البدل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز ان يكون عن محمد روايتان في مسألة اعتاق واحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما احدهما ما ذكره المصنف فيما سيأتي والاخرى ما يوافق ما ذكره في مسألة الاستيلاد ويدل عليه ما ذكر في بعض الكتب المعتبرة كالكافي والنهاية وان لم يذكر فيها في مسألة الاعتاق على قول محمد هي الرواية الاخرى وهي ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لكن كلامنا في عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي اقحمه في لفظ صاحب العناية الى قولهما على ما تم اقول الوجه عندي ان يكون مراد المصنف ههنا بلفظ قياس التعميم ان قول ابي يوسف فيما نحن فيه من مسألة الاستيلاد على قياس قوله في مسألة الاعتاق واما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسألة ويرشد الى هذا المعنى قطعا اسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول ابي يوسف وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الاول وحذفه في الثاني فتدبر ترشد **قوله** وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغي ان يكون عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى اقول يمكن الفرق بين وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة وهو ان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فليتردد بينهما يجب اقلهما وهذا الوجه غير متمش فيما اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه في نصف البدل على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة واما بعده والحال فيه ما ادته الى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن اداء تمام البدل فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين في حق شريكه نصف الكتابة تضمين نصف قيمتها بالاتفاق فليتأمل +

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

لما كان موت المكاتب وعجزه وموت المولى العاقد متأخرا عن عقد الكتابة اخرت هذه الاشياء في باب على حدة لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان احكامها **قوله** والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء قال صاحب العناية والمديون بالجر عطف على كامهال اقول هذا بحسب الظاهر غير صحيح قطعا اذ لا شك ان المديون معطوف على الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء **قوله** ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين اقول فيه شيء وهو ان دليلهما هذا لا يتمشى في صورة ان عجز عن اداء اخر النجوم التي توافقا عليه بعد ان ادى سائر النجوم باسرها اذ لا يلزمه حينئذ سوى ذلك النجم الواحد حتى يحتج عليه بما ان عند امهاله مدة نجم فيكون اعجز عن ادائهما فلا يكون عليه حينئذ ان يؤدي نجما واحدا في نصف مدته ولا زيادة اليسر لها قال ابو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقتضيه او مال يقدم عليه لا يسلم هذه الشرطية انتهى اقول ان قوله هذه الشرطية لتلقين بسديد اذ الظاهر ان من في قوله من عجز

وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلث لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن اداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها **قال** فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض **قال** واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف **قال** وان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الموت مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية

عن اداء نجم واحد موصولة وان توليت كان عجزه عن اداء نجمين خبر ان في قوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى يكون الجملة شرطية **قوله** والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن اداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها هذا جواب عن استدلال ابي يوسف بالاثر علي رضي الله عنه بان الاثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها اي بالآثار المتعارضة لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت فيصار الى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قالاه من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الى آخره سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في عامة الشروح اقول ههنا اشكال لان ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما تقرر في كتب الاصول عند بيان الحجج الادلة الشرعية الاربعة من ان الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا ايضا حيث قال ان الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقرر في الاصول ايضا ان القياس لا يجري في المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير لما افصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروي عن النبي عليه السلام لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدرك بالقياس انتهى فاذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الاصول والفروع فكيف يتمشى ما قالاه من الدليل المعقول الذي مرجعه الى القياس حجة لهما في اثبات ما ذهبا اليه في جواب هذه المسئلة فليتامل **قوله** وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل قال صاحب الغاية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان قوله واستدل لذلك بالمعقول الى آخره لا يطابق المشروح لدلالته على عدم استدلاله باثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى اقول بل هو مطابق للمشروح فان الواو في قوله واستدل للعطف ايضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت كانه قال هذا يقول زيد بن ثابت واستدل له بعادة المعقول ايضا كما ان قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كانه قال للاثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الى آخره والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل لانه كان بصدد الرد على صاحب الغاية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الى آخره بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح دون هذا وايضا ان ما في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى على الفطن الناظر في عبارة المشروح **قوله** بل اولى لان حقه آكد من حق المولى قال صاحب العناية بل اولى يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب اشد من حيث المقتضي والمانع الى آخره اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان قول المصنف هذا انما هو لمجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتم بمنع كون المكاتب

فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات **قال** وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي بدل الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر **قال** فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب

نفسه معقودا عليه بيان المعقود عليه بما هو سلامته بالابتيه البدل لما مر حواليه المصنف لم يتعرض في كلامه بالمنع ذلك قط ولا البيان ان المعقود عليه ماذا فلا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد بهلاك المعقود عليه امر مجمع عليه لا يحتمل جوازه يكون لحاجة ادعى الابقاء بعد هلاك المعقود عليه فلا يفيد المقدمات المذكورة ههنا شيئا في دفع ذلك السؤال اصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من حمل كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال فيه ان التحلل من ابن قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا ان يحمل على الكلام التنزلي انتهى اقول ليس ذلك بتام لان كون قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال ان يكون المكاتب مع كونه احد المتعاقدين معقودا عليه ايضا لوقوع العقد على نفسه الا يرى انهم قالوا في تحرير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم ايضا والسؤال المذكور انما توجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله هذا دلالة الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزل بل الاظهر ان لا يقطع ذلك كله بالتامل الصادق **قوله** فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه هذا اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من اصحابنا احدهما انه يعتق بعد الموت بان ينزل حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة في حق ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدر بالمولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت المولى وثانيهما انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته بان يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه هذا زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام ثم اقول من العجائب ههنا ان صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة او في قوله او يستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في اثناء تقرير تعليل الشافعي في هذه المسئلة فينزل حيا تقديرا ويستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله ويستند الحرية هذا من تمام التعليل فمن قال او يستند فقد اخطأ انتهى وفسر القائل في حاشيته بقوله كصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة ان المخطئ هو هذا المخطئ فان المقصود من كلمة او هو الاشارة الى المسلكين المختلفين للمتقدمين في اثبات قولنا في مسئلتنا هذه فحق التعبير ان يذكر كلمة او دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك المخطئ انه زعم ان قول صاحب الهداية او يستند الحرية الى آخره معطوف على اول التعليل وهو قوله ولنا انه عقد معاوضة فجعله من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة او ولا ريب انه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا وانه لا محذور في اتمام التعليل باحد الامرين بل فيه ترجيح الفائدة بتوسيع الدائرة **قوله** ولا يسري حكمه اليه لانفصاله قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى اقول الظاهر ان مراده بالبحث هو انه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل في كتابته وقد مر في اول فصل من باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله انه اذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وايضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق باداء بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهيه اما سقوط وجهه الاول فلان دخول المشتري في كتابة ابيه ليس بسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل يجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه اياه تحقيقا للصلة بقدر الامكان كما ان الحر اذا اشترى ولده يصير معتقا له بالاشتراء واما سقوط وجه الثاني فلان عتق الولد المشترى هنا باداء بدل الكتابة حالا ليس لاجل السراية بل لاجل صيرورته المكاتب اذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال كان ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع لكن لما حل ما كان ما مات عن وفاء انتهى فتبصر **قوله** وان مات المكاتب وله ولد من حرة الى آخره قال صاحب العناية ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما اقول هذا كلام لا حاصل له لان الفرق يتحقق بين كل مسئلتين الا ان تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرتا

لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب
والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا واما عنصر موالي الام وموالي الاب لانه فيقضي به لموالي الام لهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك
يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت صار عبدا واستقر الولاء على موالي الام وان ابقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى
موالي الاب. وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا **قال** وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك
فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا
بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا يطيب ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب
له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب هذا عند محمد رحمه الله ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

يعرف الفرق بينهما فما وجه تخصيص هاتين بيان الفرق بينهما بذكر المسئلتين فان قيل الفرق بين المسئلتين بين فلم يحتج الى بيانه فان قيل انما ذكرهما لبيان الفرق قلنا الفرق ايضا متحقق في كثير من المسائل
فلم يتم وجه التخصيص بهذا لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما اتحدت جهة ذكرهما مفردة عن الاخرى ولا شك ان كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر
والبيان على ان الفرق بين مفهومي هاتين المسئلتين ظاهر غني عن البيان وانما المحتاج الى البيان هو الفرق بين علتيهما وبيان الفرق بين علتيهما انما وقع في الهداية و
المسئلتان انفسهما مذكورتان في البداية ايضا بدون بيان علة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في انفسهما وفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في
سائر المسائل **قوله** لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان فيهما من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء
بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا قال صاحب العناية في حل هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد
بموالي الام وايجاب العقل عليهم مع احتمال ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو
ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا اكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذا الولاء وكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا
لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه اقول فيه نوع اشكال على طريقة اهل المعقول فان قوله وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت
اللازم ثبوت الملزوم لجواز ان يكون اللازم اعم من الملزوم ولا شك ان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص ومن الظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالي
الام يتحقق في صورة ان يعتق عبد المكاتب كما يتحقق في صورة ان يبقى على كتابته فلا يتم التقريب ثم اقول يمكن دفعه بان اللازم ههنا ليس مطلق ايجاب العقل على موالي
الام بل ايجابه عليهم مع احتمال ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه وايجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة بقاء الكتابة اذ في صورة تحقق العجز ينتفي هذا
اللازم باحتماله وهو احتمال جر الولاء كما صرح به في المسئلة الآتية لكن يبقى ههنا شيء وهو ان للمانع ان يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على ان
لا يكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو اول المسئلة فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتامل **قوله** وما ادى المكاتب من الصدقات
الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف
يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مشغولا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى ان يمنع المكاتب
من التصرف في ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر وليس هذا الا تبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه
نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل الملك وان كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين انتهى فقد قال الشارح العيني في دفع ذلك ما قال قلت الاول كلام منع مجرد والثاني دعوى بلا
برهان انتهى اقول ليس هذا بشيء فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين وغاية الامر ان الثاني اقوى من الاول فلا يفيد قوله الاول كلام منع مجرد
واما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو ايضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان في العرف وفي دفع ذلك ان يقال ان منع التبدل مكابرة
اذ لا شك ان الانعكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل الا ان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع
دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل الشرع فلا مجال للمنع ثم قال صاحب العناية ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن له ملك
يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا انتهى ورد عليه الشارح العيني بانه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة اقول هذا ايضا كلام لغو اذ ان يكون له ملك رقبة قبل العجز
لا ينافي تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو كاف في كون ما ادى اليه المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرح به العلامة في الرد عليه ههنا ان يقال هذا الذي ذكره في العناية
عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح واورد عليه النظر فيرد عليه ما ورد على ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى جهة اعتبار تبدل الملك اليدون اعتبار ملك الرقبة بان

لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده **قال** واذا جنى العبد فكاتبه

مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى القيمة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد رجع ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده وكذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال **قال** واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فاذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابرأه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت باداء البعض او استيفائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولو جعل ابراء عن الكل لا يجوز لحق بقية الورثة والله اعلم

كتاب الولاء

قال الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة

ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد وكان اعتبار حال الغالب هو التبدل اولى من اعتبار حال المغلوب هو البقاء فلا وجه لايراد النظر على ذلك الجواب ذكره بعض من منع نفسه ادعانه اولى من ذلك **قوله** لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى قال بعض الفضلاء فعلى هذا لو اباح الفقير للغني او الهاشمي ينبغي ان يطيب لهما عنده فلا اخذ منهما كما لا يخفى انتهى اقول ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الاخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان في يده وملكه فتحقق في حقهما هناك سبب الخبث اذ لا فرق في ايراث الخبث بين اخذ من احد واخذ من آخر لوجود الاذلال بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ لا من يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان اكسابه ملك مولاه عند ابي يوسف وفي العجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد اليه تشبيهه بابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فان قلت لا شك انه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان لا يمنع المولى من التصرف فيما في يده فبالعجز انتقل ذلك الملك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الانتقال ضروري والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك اخذا ولو سلم ان يعد ذلك اخذا فاللازم فيما نحن فيه عند ابي يوسف ان المولى ملك نفسه من يد عبده والذي كان سبب الخبث انما هو اخذ ملك الغير من يده وهو متحقق عند اباحة الفقير للغني او الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه **قوله** ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر ان جناية المكاتب تعتبر لا في الحال من غير توقف على الرضاء او القضاء فما وجه اخذه في الدليل قلنا لظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال الا بكاسع والموجب الاصلي انتهى كلامه اقول فيه بحث اذ للمانع ان يمنع ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما اذا عجز بعد القضاء ايضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز ان لا يمتنع ههنا ايضا كما هو مذهب زفر وقول ابي يوسف اولا ولئن ثبت الظهور لو سلم ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم ان يكون قوله ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا بل كان قوله ان المانع قابل للزوال للتردد كان حقه ان يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء او الرضاء

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاتب بزوال ملك الرقبة عند اداء بدل الكتابة وهو وان كان من آثار الاعتاق ايضا الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت التكاتب الى هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لما تقدم لان الاثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل ويسمى به ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لان حكمهما وهو الارث يقرب بكمال عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق او بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدراية وغيرهما اقول فيه نظر اما اولا فلان الظاهر ان المعنى الثاني من المعنيين كما ينفتح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا صفة نفسهما فكيف يصح تسميتهما بالولاء بمعنى القرب بهذا المعنى فاشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما واما ثانيا فلان ما ذكر في المبسوط من ان المطلوب بكل واحد منهما التناصر لا يدل على كون التناصر عين الولاء نفسهما اذ لا يخفى على العاقل ان المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون امرا مغايرا له فلا معنى لكون الشيء وسيلة الى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بان قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال في العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل انتهى اقول فيه

وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف **قال** واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق

ال لان الولاء المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية وهو من الولي بمعنى القرب ويقال بينهما ولاء اي قرابة ومنه قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وصلة كوصلة النسب انتهى فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة انتهى وقال في التبيين هو من الولي بمعنى القرب فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق او الموالاة ثم قال ومن الموالاة وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة انتهى فقد ظهر ان قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين المعنيين واخلال بحق البيان **قوله** وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له انما قيد بقوله في الصحيح احترازا عن قول اكثر مشايخنا فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان الولاء له ولا اعتاق هناك فالصحيح ان سببه العتق على ملكه الا يرى انه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه واما قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فالمراد به ان الولاء بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق فقد يوجد بدون العكس هذا زبدة ما في جملة الشروح ههنا وقال في البدائع اما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق او ما يجري مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية او بغير صنعه بان ورث قريبه وسواء اعتقه تطوعا او عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل او ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا الى وقت وسواء كان صريحا او يجري مجرى الصريح او كناية او يجري مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع اقول كون الحديث المذكور اصلا في حق الصور المزبورة كلها محل نظر فان في صورة ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا يندرج تحت قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فليتامل في الدفع **قوله** والمعنى فيهما التناصر قال صاحب العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومها الشرعي انتهى اقول فيه بحث اذ ليس مفهومها الشرعي مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره وبهذا يمتاز مفهومها الشرعي عن مفهومها اللغوي كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومها الشرعي لما اطلق التناصر بل خصصه بما هو معتبر في مفهومها الشرعي على انه لو كان مراده بيان مفهومها لغويا كان او شرعيا لقال ومعناهما التناصر دون ان يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام والحق ان مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومها وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل منهما التناصر كما قال في المبسوط الا انه كذلك على ما تقرر **قوله** واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق قال صاحب العناية وطريقة الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم انتهى اقول الذي يجب علينا ان نبين ان الاهم ههنا الرجل ليس بسديد اذ لا شك ان المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء وما ذكره انما يفيد الثاني دون الاول فانتم التقريب المطلوب من جهة الاستدلال منها دون ان ما ذكره في قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق الا انه قال

ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولادة ولان الغنم بالغرم ولهذا لو ان المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنها عن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه **قال** فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح **قال** واذا ادى المكاتب عتق والولاء للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه

في قوله لمن اعتق تدلان على ان جنس الولاء لمن اعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله تدل اللام على الجنس والاختصاص تدل على اختصاص جنس الحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان معتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه اقول في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي اصلا في الاشتقاق لا يستدعي كونه اصلا في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فان كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي الا يرى ان الاعتاق يصلح ان يكون علة للعتق ولا ريب ان العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من الصور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور **قوله** ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولادة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين وهو العقل والميراث وتقريره المولى يتنصر بمولاه بسبب العتق ومن يتنصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يتنصر بنصره يغرم عقله والمولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا يرى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين لو شغله ذلك وبالاعتاق يثبت هذه الاحكام في حقه وكان احياء معنى ومن احيا غيره معنى يرثه كما لو ولده يصير الولاء كالولاء يوجب الارث فكذلك الولاء انتهى كلامه اقول في اوائل تقرير الدليل خلل لانه اعتبر التنصر في جانب المولى بمعنى المعتق والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من في بسط كلامه سيما في قوله فحيث يتنصر بنصره يغرم عقله والظاهر ان الامر بالعكس اذ المعتق بالفتح يتنصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الذي يعتضد به وايضا استدل على ان من يتنصر بشخص يعقله بان الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر في يعقله الى من يتنصر كما هو الظاهر من سوق كلامه صح المدعى في نفسه مع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور وما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه واما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فان الدليل المطابق له عكس ما ذكره وهو الغنم بالغرم كما يفهم من الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا الكتاب ايضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى الشخص في قوله من يتنصر بشخص لم يتم الدليل المذكور ايضا لان الغانم هو المنتصر بشخص والغارم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بان الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر بل الامر بالعكس ثم اقول الصواب ان مراد المصنف رحمه الله بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح يتنصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله اي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل ان يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بان وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية ان غيرهم هم الذين يكون الجاني انما يقصر لقوة فيه وتلك بانصار وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه **قوله** ولان الغنم بالغرم قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين جميعا فلهذا اخره انتهى اقول يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظور فيه اما اولا فلما نبهنا عليه فيما مر آنفا من ان الدليل على ان يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول واما ثانيا فلانه ليس قول المصنف فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف يتم ما ادعاه المعتق في ان المصنف رحمه الله ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول لان العطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه فلا وجه لما قال المصنف رحمه الله ولان الغنم بالغرم على الوجهين جميعا هو اتحاد المعنى فانما يقبله الفريقة والتابر به انه يتطرق الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف رحمه الله ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد احياه معنى بازالة الرق وكانه قال لانه احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم فحيث يغرم عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سيأتي ومات معتق لابنة حمزة الى آخره معطوف على قوله لما رويناه معنى كما صرح به الشارح رحمه الله المزبور وغيره هناك وتلك نظائر هذا اكثر من ان تحصى

[illegible]

قوله ولو تزوج عبد بامة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا هذا لفظ القدوري قال المصنف في تعليله لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه خلافا لما رويناه وقال الشارح لان احدا الحمل عتقا مقصودا لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا انتهى اقول يرى المخالفة بين ما ذكرها ههنا وبين ما ذكره المصنف رح في كتاب العتاق فانه قال هناك وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها انتهى والظاهر منه ان يصير الحمل معتقا تبعا البتة لا مقصودا فليتأمل في التوفيق **قوله** فان اعتق الاب جر الاب ولاء ابنه انتقل من موالي الام الى موالي الاب قال في الكافي فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب ان لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء اولى منه لتقدمه عليه كما نقول في الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو اولى منه في الارث لا يبطل عصبيته ولكن تقدم عليه انتهى وذكر في غاية البيان ايضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ ابي نصر اقول في الجواب اشكال وهو انه لو لم ينفسخ الولاء بل تقدم عليه ولاء اولى منه في الارث لزم ان يرث موالي الام عند انقطاع موالي الاب بعد انتقال الولاء عن موالي الام الى موالي الاب كما هو الحال في العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يقل احد ان يرث موالي الام بالولاء في حال بعد ان انتقل منهم الى موالي الاب بالجر **قوله** بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق الى آخره قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف هذا الى آخره يتعلق بقوله فاذا صار اباه عاد الولاء اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ثم اعتق العبد يجر ولاء ابنه من موالي الام الى موالي نفسه بخلاف ما اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ثم اعتق لبعد موت او طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه الى موالي نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر بل يكون ولاء الولد لموالي امه وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته من الميت والى ما بعد الطلاق اما اذا كان بائنا فلحرمة الوطي بعده واما اذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وذكر صاحب العناية ايضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونوقض قوله فاذا صار اباه عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام لا ينتقل عنهم وان اعتق الاب والجواب ان العود اليه يعود الاهلية ولم يثبت ههنا لعتق الاب اهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطي وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك لانه اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك استند الى حالة النكاح فان كان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه اقول بل الكلام على من يكون قول المصنف بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق الى آخره متعلقا بقوله فاذا صار اباه عاد الولاء اليه لكنه محل بحث لان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء لموالي الاب ثم انتقل الى موالي الاب بعد صيرورته اباه وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام في صورة ان اعتقت المعتدة عن موت اذ لا مجال لاحداث العتق في الميت فلا يتصور في تلك الصورة العود اصلا فلا يتوهم بها النقض على قوله فاذا صار اباه عاد الولاء اليه حتى يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت وبالجملة لا مساس لتلك الصورة اصلا بمسئلة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهي ما اذا اعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هناك ان يقع عتق الاب بعد عتق الام فتصير محلا للنقض بها على مسئلة جر الولاء فيحسن تدارك دفعه فان قلت قد تدارك

[illegible]

فصل ... قال ...

[illegible]

صاحب العناية ولهذا الصورة الاولى ايضا بما لكن فيه حيث قال في تصويرها بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء فادى فتاخر عتق الاب عن عتق الام
قلت لا يتيسر التاخير فيما قاله ايضا اذ قد مر في كتاب المكاتب ان في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين عن اصحابنا احدهما مذهب الجمهور وهو انه يعتق
في آخر جزء من اجزاء حيوته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صوره ايضا وثانيهما مذهب البعض وهو انه يعتق بعد الموت وذلك بان ينزل
حيا تقديرا في حق الاداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا ان الاداء فيما صوره اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتقة
عن موته حتى يتاخر عتقه عن عتقها اللهم الا ان يفرض تحقق الاداء عما ترك المكاتب من الوفاء بعدما اعتقت امرأته فيعتبر معتقا حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض
فتامل قوله بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى لانه لا يملك شيئا ولان الرق اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي
كافرا فهديناه فصار هذا الولد كانه لا اب له فينسب الى موالي الام ضرورة كذا في الشروح اقول ههنا شيء وهو انه ان كان المراد كون العبد هالكا معنى انه
في حكم الموت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من اثر الكفر والكفر موت حكمي يرد عليه ان مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر اثر الولاء لهم
بعد موته اذ حال حيوته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كانه
لا اب له يتوجه عليه انه يلزم حينئذ ان لا يرث من هذا الولد من ينتمي اليه بابيه العبد من الاقارب الاحرار كالاخ والجد على تقدير ان يبقى ابوه ذلك
لكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر ان الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض ان المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق
لا يحجب من هو ابعد منه عن الميراث اصلا بل يرث الابعد مع حرمان الاقرب فالاولى ههنا ان يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه لا اهلية له لرقه كما
لا اهلية له فلا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حيا او ميتا تدبر قوله ولهذا ان ولاء العتاق قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة
فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف اقول لقائل ان يقول ظاهر
هذا التعليل يقتضي ان يكون موالي الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية للولد بل على اصحاب الفرائض منهم ايضا لا شك
ان استحقاق كل من العصبات النسبية واصحاب الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح ان يعارض ولاء العتاقة فينبغي ان لا يعارض احد من العجمي
الوارث بجهة نسبية سواء كانت تلك بجهة جهة العصوبة او جهة الفرض موالي العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع ان المسئلة في الارث ليست كذلك اذ قد تقرر في
باب الفرائض حتى في نفس هذا الكتاب ان العبرة في العتاقة مطلقا مؤخرون في الارث عن اصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوي الارحام فليتامل في التوجيه

فصل

في ولاء الموالاة اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة اقوى لانه غير قابل التحول والانتقال
في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للموالي فيه ان ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة احياء
ولان ولاء العتاقة متفق عليه في انه سبب للارث وانه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشافعي لم يقل بولاء الموالاة وقال بولاء العتاقة وبه اخذ
مالك رحمه الله واحمد رحمه الله ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو ان يسلم رجل على يد رجل فيقول الذي
اسلم على يده او لغيره والبتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه قال في العناية والنهاية ولذلك شرائط احدها
ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره اما انسب غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا
اقول فيه كلام اما اولا فلان الشريطة الاولى تغني عن الشريطة الثالثة اذ لا جهالة في نسب العربية فيظهر باشتراط كون الموالي مجهول النسب اشتراط ان لا يكون

ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم

عربيا الا ان يكون ذكر الثالثة استطرادا من قبيل التصريح بما علم التزاما واما ثانيا فلانه ان اريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في مثل هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه ايضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به صاحب الكافي ايضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها ان يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية ايضا حيث قال وله شرائط وعد منها ان يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث بل اريد تخصيص هذه الثلاث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السؤال راسا فلا يحتاج الى الجواب عنه اصلا وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا اجيب بان المذكور انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور واما [illegible] فنادر فلم يذكره انتهى اقول لا صحة لهذا الجواب ايضا فان عقل الاعلى وحريته ايضا من الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا يتصور عقد صحيح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاة العبد اصلا بغير اذن مولاه وان اذن له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فما معنى قوله واما حرية فانما هو نادر فلم يذكره ثم ان في تقرير السؤال المذكور خللا فان تقييد العقل بعقل الاعلى في قوله من شرط العقد عقل الاعلى مما لا وجه له لان عقل الاسفل ايضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدونه وقد افصح عنه صاحب البدائع حيث قال واما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل وكذا التقييد بالحرية بالاضافة الى ضمير الاعلى في قوله وحريته مما لا وجه له اذ حرية الاسفل ايضا شرط بل هي اظهر اشتراطا من حرية الاعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة لو اذن له مولاه ذلك ويجوز قبوله اياه باذن مولاه ويصير الولاء للمولى كما مر جوابه وايضا لا وجه لترك ذكر البلوغ في اثناء تقرير السؤال فانه من شروط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع ان قوله فان موالاة الصبي في قوله فان موالاة الصبي والعبد باطلة اوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا ثم لم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى **قوله** ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب اشارة الى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله واذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل قد اعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابراهيم النخعي اذا اسلم الرجل على يد رجل فانه يرثه ويعقل عنه وله ان يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول الى غيره وهذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ومحمد رح هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على ان شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل يجوز العقد بان يقول عاقدتك او واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم يدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره او اسلم على يد غيره ووالاه يؤيده قول صاحب التحفة وتفسير عقد الموالاة ان يسلم على يد رجل ويقال له انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت وكذا اذا عاقد مع رجل غير الذي اسلم على يديه الى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة اما ما نقله عن مختصر الكافي للحاكم الشهيد فلانه يجوز ان يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هناك بناء على الظهور لتضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله ووالاه في قوله اذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على ان مجرد ان يقول عاقدتك او واليتك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرطا لصحة العقد كما لا يخفى واما قول القدوري في مختصره او اسلم على يد غيره ووالاه فلانه لا شك ان مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان ان الاسلام على يده ليس بشرط في صحة

الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احداً لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

عقد الموالاة لان ذكر الارث والعقل ليس بشرط فيها واما قول صاحب التحفة فلان يحمل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك وا والآخر قبلت ويجوز ان يكون مراده بذلك كذلك اذا قال واليتك بدل قوله انت مولاي فقط لا بدل مجموع قوله انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز ان يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال لا يرى ان لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون المولى مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عربي وغير ذلك مع انهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته قوله الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً اورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من ماله وكان مأموراً في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب عنه بوجهين احدهما ان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما فلو تفرد احدهما بالتزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس التزام احدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز بدون العلم كذا في الشروح وقال في النهاية هذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره ايضاً اقول هذا الوجه مختل لان الكلام في ان كون نفس التزام الفسخ على الآخر ضرراً غير ظاهر لما ذكر من ان فيه ابطال فعل العاقل البالغ مدعاة عدم علم الآخر بذلك لا الالزام في كونه ضرراً غير ظاهرة اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك من نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق ابطال فعل الآخر في صورة العلم ايضاً بالضرورة والظاهر ان علم الانسان بالامر الذي يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئاً فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الا ان يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين في صورة العزل عن الوكالة الا انه محتمل بارضاء الآخر بالبر والمجازات لكنه فيه ما فيه فتامل وثانيهما ان فسخ احدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضراراً بصاحبه اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت الاسفل فيحسب الاعلى ان ماله صار ميراثاً له فيتصرف فيه فيصير مضموناً عليه واما اذا كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبيداً على حسبان ان عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الاعلى تجب العقل على الاسفل بدون علمه فيتضرر كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة اقول هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان حاصلهما في الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار وفي الاسلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب ان هذا معقول المعنى قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قيل عليه لما لم يجب صحة العقد مع الثاني موجبة لفسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتاً من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعلم ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط اقول في الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب ما دام ثابتاً من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق مفصلاً ومشروحاً والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي ان لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد ان يصح مع الاول اذ النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغي ان يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن اين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول ثم اقول يمكن ان يجاب عن الاول بان المراد ان النسب ما دام ثابتاً من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ثانياً وثبوت نسب ولد الامة المشتركة من رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معاً اما اذا ادعاه احدهما اولاً والآخر ثانياً فانما يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاد من كتاب العتاق وعلى الثاني بان القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من احدهما الى الآخر فانه امر آخر تأمل

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يؤاجر داره واكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم

من كون الثابت له ارثا وعقد الولاء عقد محتملا وضع خلف النسب من جهة الحقيقة فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب

كتاب الاكراه

قيل في مناسبة الوضع انما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة ثم اورد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة ان في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حله باشتراط فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اكراها اي حملته على امر يكرهه واما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره من غير ان ينعدم به الاهلية في حق المكره او يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب الا ترى انه متردد بين فرض وحظر واباحة ورخصة يأثم مرة ويؤجر اخرى وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح ان الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على امر بحيث ينتفي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في النهاية وكان تختار من هذه الثلاث ايا شئت ثم وقد اختار المصنف رح عبارة المبسوط كما ترى ويجيء ما يتعلق بتفسيره وما شرطه وحكمه فيما يأتي في الكتاب في اثناء المسائل

قوله لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته قال صاحب العناية وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون مع فساد اختياره او مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وفيه اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير النفي اي او لا يفسد به اختياره فتلك انواع الاكراه الثلاثة وموضعها اصول الفقه انتهى كلامه اقول تفسير الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف رح هنا عن سنن الصواب وسلك مسلكا لا يرتضيه احد من ذوي الالباب وان شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام فاعلم ان الشائع المذكور في عامة الكتب من الاصول والفروع هو ان الاكراه نوعان نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بان يكون بقتل او بقطع عضو وهو الاكراه الملجئ ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار وذلك بان يكون بضرب او بقيد او بحبس وهو الاكراه الغير الملجئ وكل منهما لا ينافي الاهلية ولا الخطاب واما فخر الاسلام البزدوي فقال في اصوله الاكراه ثلاثة انواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ ونوع آخر لا يعدم الرضى وهو ان يهتم بحبس ابيه او ولده او ما يجري مجراه والاكراه بجملته لا ينافي الاهلية ولا يوجب وضع الخطاب انتهى قال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من اصول فخر الاسلام الاكراه حمل الغير على امر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه ويدخل في هذا الحد الاقسام الثلاثة المذكورة في الكتاب وقال شمس الائمة هو اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكره في الكتاب فكأنه لم يجعله من اقسام الاكراه لعدم ترتب حكمه عليه الى هنا كلام صاحب الكشف واذا عرفت هذا فقد ظهر لك ان ما ذكره المصنف رح هنا من معنى الاكراه هو ما ذكره شمس الائمة في المبسوط بعينه وان القسم الثالث من الاقسام الثلاثة المذكورة في اصول فخر الاسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل في معنى الاكراه لغة كما اشار اليه صاحب الكشف وان وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الاكراه شرعا عدم ترتب احكام الاكراه عليه في عرف الشرع كما ترتب عليهما كما مر في الكشف عند كل القسمين وهو السر فيما وقع في عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط فان المقصود بالبيان في الكتب الشرعية احوال الاكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية في تفسيره ذكر المصنف رح هنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفته غير صحيح في نفسه ايضا فانه جعل قول المصنف رح فينتفي به رضاه اعم من ان يكون

والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فتفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رح لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين

مع فساد اختياره وعدمه مع ان مقابلة قوله او يفسد به رضاه تمنعه قطعا) واما ثانيا فلانه قال ان قول المصنف رح او يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا ولا معنى له لانه مما لا دلالة بحسب ظاهره اي بدون تقدير شيء آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفي عدمه ثبوت الرضا وان اراد انه اذا اخرج عن ظاهره بتقدير كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك ايضا اذ بتقدير تعيين المعنى ولا يفسد به اختياره وذلك بان يصح الاختيار لا يستلزم نفي عدم الرضا وثبوت الرضا بجواز ان يصح الاختيار وانعدم الرضا كما في النوع الغير الملجي من نوعي الاكراه على امر واما ثالثا فلانه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد به اختياره وهو ايضا مختل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا يستلزم في مقام التعريف لا يجدي ما ذكر من كون قصد المصنف رح الاشارة الى الانواع الثلثة للاكراه لان نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تتحقق مع عدم الرضا ايضا كما عرفت آنفا فلا يحصل الاشارة بقوله او يفسد به الاختيار مع تقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا ان يقال نفي فساد الاختيار في مقابلة انتفاء الرضى يدل على بقاء الرضى في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذي مسكة ان المعنى الذي نسبه الشارح المذكور ههنا الى المصنف رح كان يحصل بان يقول بدل قوله او يفسد به اختياره او لا بمعنى بان لا ينتفي به رضاه فمن يجوز العاقل لمثل المصنف رح ان يترك ذاك اللفظ الاقصر الخالي عن التمحلات بالمرة ويريد افادة ذلك المعنى الذي نسبه الشارح المذكور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول المشتمل على تمحلات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولعمري ان رتبة المصنف رح بمعزل عن مثل ذلك فالحق ان مراده بقوله فينتفي به رضاه اي ينتفي به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلته قوله او يفسد به اختياره فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى وكان قوله فينتفي به رضاه اشارة الى احد نوعي الاكراه وهو غير الملجي وقوله او يفسد به اختياره اشارة الى النوع الآخر منهما وهو الملجي فانتظم كلامه من غير كلفة اصلا وانطبق لما في عامة الكتب **قوله** والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا اراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد وهذا مع كونه اظهر من ان يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المصنف رح بهذه الاشياء يعني بالبيع واخواته ولم يدر ان البيع واخواته من المكره عليه لا من المكره به وهذا نظير سائر سقطاته في كتابه هذا **قوله** بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه اقول يرد على ظاهر هذا التحرير ان آخر الكلام يناقض اوله فان قوله في اوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم فيدل ذلك على تحقق الاكراه في هذه الصور ايضا والا لما قال بخلاف ما اذا اكره بل كان ينبغي ان يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط او حبس يوما او قيد يوما وقال في آخره فلا يتحقق به الاكراه وهذا صريح في عدم تحقق الاكراه في تلك الصور فتناقضا والجواب ان المراد بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا اكره معناه اللغوي وهو حمل الانسان على امر يكرهه كما مر ولا شك في تحقق هذا المعنى في تلك الصور والذي نفاه في آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعي الذي يترتب عليه احكامه فلا تناقض ولك ان تقول التعبير بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا اكره للمشاكلة كما في قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه هناك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض اصلا **قوله** وكذا الاقرار حجة الى آخره قال في النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فتفسد اي والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة انتهى اقول الظاهر عندي ان قوله وكذا الاقرار حجة الى غيره معطوف على قوله لان من شرط صحة هذه العقود التراضي الى قوله فتفسد لا على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فتفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فتفسد بمنزلة الكبرى من الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الى آخره على تلك المقدمة من الدليل يقتضي المشاركة في المقدمة الاولى ايضا مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار

وتمنعه من ... اعتبارا بالهازل ... وحقيقة ... الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال وان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل ... الاكراه على الهبة دون البيع قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى ...

... فصل ... [illegible]

جة دليل مستقل في حق فساد الاقرار بالاكراه غير مستمد بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور في النهاية والعناية فالوجه ان يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كما لا يخفى على من تدبر ترشد **قوله** ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل قال بعض الفضلاء لا يخفى على من عرف معنى الهزل ان هذا القدر لا يكون المتكلم هازلا انتهى اقول لم يقل من جعله باطلا ان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل بل قال انه كالهازل بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع والا فلا شك ان من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة ان يجري المواضعة قبل العقد بان يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقرر في علم الاصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك اشتراطا قطعا ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه قياسا على الهازل ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشيئين المتغائرين بحسب الذات المشتركين في العلة

فصل قال اكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته انتهى اقول فيه كلام وهو انه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد ايضا كما في مسئلة الاكراه على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وكما في مسئلة الاكراه بالقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر الى هذا الفصل فالاشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل لان ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه في حالة السعة **قوله** حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك اقول في قوله يباح له ذلك اشكال بان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس او على العضو كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتامل **قوله** ولا يسعه ان يصبر الى ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو اثم قال في العناية فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام انتهى اقول في الجواب بحث لانه ان اريد به ان المباح ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لافضائه الى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار تركه حراما لا يستوي طرفاه قطعا فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان اريد به ان ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة اخرى لعلة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فمسلم لكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو اكل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا في حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك ان صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار ايضا في حالة الاختيار فيصير تركه واجبا قطعا فلزم ان يجتمع اباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلم يتصور الانقلاب من الاباحة الى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناوله النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه مستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم او الى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لانا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعا فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستندين الى سبب واحد او الى سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلوا على ان الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بانه لو علل بهما لكان محتاجا الى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج الى كل واحدة منهما هو عليتها له ومنشأ عدم الاحتياج اليها علية الاخرى له فلا استحالة في اجتماعهما لانا نقول احتياج الشيء الى الآخر في وجوده وعدم احتياجه اليه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستندين الى سبب واحد او الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررنا في كلام

الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب **قال** وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله او سب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى **قال** واذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه **قال** فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة

بعض الفضلاء ايضا في هذا المقام فلينظر اليه وليتأمل فيه **قوله** الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كانه يقول اذا ثبتت اباحته ينبغي ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فاجاب بانه يأثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام المصنف هذا لا يصلح ان يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا ممانعة في العلم ان لا يأثم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأثم الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم الاثم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغي ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فالوجه ان قول المصنف رح هذا انما هو لبيان ان الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل في مسئلتنا هذه ليس على الاطلاق بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة واما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في امثال هذا بناء على الخفاء **قوله** فقال فان عادوا فعد قال جمهور الشراح معنى قوله عليه السلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمانينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمانينة جميعا كما زعمه البعض لان ادنى درجات الامر الاباحة فيلزم ان يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا ينكشف حرمته اصلا انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام واورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في اول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشيء لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلوة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز ان يكون هنا كذلك انتهى اقول مراد الشراح ان ادنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما يستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تتصور هنا بصرف الاعادة الى الطمانينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا اي عد الى طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم انه يامر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه **قوله** ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة وكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احيائه انتهى كلامه اقول في تقريره خلل اما اولا فلان قوله فان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من ان لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرر في موضعه والمفروض ههنا طريان ما يضاده اذ الكلام ههنا في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكراها لا يضاد الاقرار طواعية وانما يضاده اظهارها طواعية قلت هذا مبني على جواز اظهارها حالة الاكراه وهو اول المسئلة فاخذه في اثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا ان الكلام الناشئ عن الاكراه بمنزلة العدم فانه ايضا مبني على اول المسئلة فيستلزم المصادرة واما ثانيا فلان قوله وكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة اصلا وليس كذلك اذ لو لا فوت حقه تعالى حقيقة اصلا لما كان مأجورا فيما اذا صبر حتى قتل على ما نص عليه المصنف فيما سياتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر ان الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون ان يفوت حقيقة بل التحقيق ان اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة اصلا وان فيه تركه حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صورة في حالة الاكراه وكفر صورة ومعنى في حالة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا ان المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا في اجرائه الا

[illegible] قال وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره لأن المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والإتلاف من هذا القبيل وإن أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فإن قتله كان آثما لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على المكره إن كان القتل عمدا قال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال أبو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو الإثم فأضيف إلى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانبه ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب إلى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولأبي يوسف أن القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا إلى التأثيم وأضيف إلى المكره من وجه نظرا إلى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الإثم كما نقول في الإكراه على الإعتاق وفي إكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره في الإتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا [illegible] قال ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف [illegible]

فيسع الميل إليه عند طمأنينة القلب بالإيمان مع بقاء حرمتها. قوله (فلأن الحرمة باقية والامتناع لإعزاز الدين عزيمة) بخلاف ما تقدم من المشتبه، واعترض عليه بأن إجراء كلمة الكفر إنما شرع لدفع الهلاك وقلبه مطمئن بالإيمان لقوله تعالى إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان فكان الاستثناء إباحة إجراء كلمة الكفر على اللسان حالة الإكراه وإنما شرع عدم العذاب الغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في صوم المسافر والمريض فإن السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو الحرمة فلا يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح ونسبه في النهاية إلى مبسوط شيخ الإسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وإن كان المراد بها السبب الشرعي كما تشبث به فإنه يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي أوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك انتهى أقول هذا النظر ساقط جدا إذ نختار ههنا كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور أصلا إذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الأصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فإن وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول إنما هو في بعض أقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون البعض الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الأصول فيجوز أن يكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا إليه في الجملة قوله فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره ممنوع بل السبب الشرعي مطلقا من حيث إنه سبب يجوز تخلف الحكم عنه إذ لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فما لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضا مع كونه مقررا في علم الأصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فإن الإيصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفي حكمه وهو الغضب فإن خبيبا لما أكره على إجراء كلمة الكفر فصبر ولم يظهر حتى قتل سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة ولو لم تبق الحرمة ابتداء في إجراء كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل ولما استحق المدح في ذلك لأن الامتناع عن المباح في تلك الحالة إعانة الغير على إهلاك نفسه وهو حرام فيلزم أن يأثم هنالك كما في حالة المخمصة على ما مر. قوله (ويصلح آلة له من حيث الإتلاف فيضاف إليه) قال في النهاية ومع صلاحيته لذلك لا الإتلاف يثبت في ضمن التلفظ بالعتق والمكره لا يصلح آلة له في حق التلفظ وكذا في حق ما يثبت في ضمنه وأجيب بأن الإعتاق إتلاف وهو يصلح آلة فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في إعتاق الصبي فيجوز أن يكون آلة بالنسبة إلى الإتلاف دون التلفظ انتهى أقول فيه نظر لأن الانفكاك في إعتاق الصبي إنما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الإعتاق وذلك لا ينافي ثبوت الإعتاق في ضمن التلفظ البتة وإنما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الإعتاق بدون ثبوت التلفظ ولم يتحقق في صورة إعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب لكن [illegible] تنبه لهذا حيث قال فيه تأمل لأن النص ههنا ثبوت الإعتاق في ضمن التكلم [illegible] انتهى أقول لكن ليس أيضا بحق لأن [illegible] دون الإعتاق كما صرحوا به [illegible] تقدم في كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا في الإعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب ثم أقول لا فائدة لحديث الانفكاك أصلا في الجواب ههنا فإن كون ثبوت الإتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الإنكار فيكون مدار ورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدي شيئا في دفعه انفكاك الإتلاف

فيرجع بقيمته موسرا كان أو معسرا لأنه صلح آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ويرجع بنصف مهر المرأة

قال وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث إنه إتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لأن الإكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الإكراه لأنه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والإيلاء والفيء فيه باللسان لأنها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الإكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام **قال**

وإن أكره على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود **قال** وإذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه

عن التلفظ في صورة أخرى فالحق عندي في الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره آلة له في حق التلفظ عدم صلاحيته لها في حق ما ثبت في ضمنه وهو الإتلاف لأن عدم صلاحيته لها في حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير وهي غير متحققة في حق ما ثبت في ضمنه من الإتلاف فإن المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على مال فيتلفه كما صرحوا به فتأمل **قوله** فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان إتلاف فلا يختلف باليسار والإعسار كذا في الكافي وغيره فإن قيل ينبغي أن لا يضمن المكره لأنه أتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والإتلاف بعوض كلا إتلاف أجيب بأن الإتلاف بعوض إنما يكون كلا إتلاف إذا كان العوض مالا كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فإنه لا ضمان على المكره لأنه حصل للمكره عوض إذ كان في حكم المال كما في منافع البضع إذا ثبتت حكما لأن منافعه تعد مالا عند العقد والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب ألا يرى أن شاهدي الولاء إذا رجعا لا يضمنان كذا في الشروح أقول هذا الجواب يشكل بما ذكره على تقدير ذي رحم منه فيحقق عليه فإن المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على أنه حصل له عوض وهو صلة الرحم نص عليه في البدائع ولا ريب أن صلة الرحم ليست بمال لا حقيقة ولا ظاهرا ولا حكما فلأنه لم يظهر أصلا كما في منافع البضع عند الدخول فتأمل **قوله** ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما بخلاف المريض إذا أعتق عبده وعليه دين لأن السعاية تجب ثمة لحق الغرماء وبخلاف الراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر فإنه يجب السعاية لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية يدل على ذلك بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به انتهى أقول لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد إذا أكره الراهن على إعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فإنه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضا حتى يحتاج إلى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهونا فأكره الراهن على إعتاقه وهو معسر فحينئذ يجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء انتهى ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لأن مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لا بد من أن لا يقدر مستحقه على استيفاء ذلك الحق ولهذا قالوا إذا أعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر يجب السعاية على العبد بحق المرتهن حيث زادوا قيد الإعسار ولا يخفى أن الراهن فيما إذا أكره على إعتاق عبده المرهون يقدر على إيفاء حق المرتهن بتضمينه المكره من قيمة ذلك العبد فإن للراهن أن يضمنه إياها كما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا يجب السعاية على العبد ثم إن قول صاحب العناية بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على إعتاقه إلى آخره لا يكاد يصح ههنا لأن تلك الصورة داخلة في إطلاق ما نحن فيه من مسألة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فإنهما مسألتان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد إلى آخره ليس بسديد فإنه يشعر بالمخالفة أيضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع أنها داخلة في إطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وأيضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المذكورة لانتقض بها ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من أن السعاية إنما يجب على العبد للتخريج إلى الحرية إذ لا تخريج إلى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا أن العبد قد خرج إلى الحرية بالإعتاق فلا يمكن تخريجه إليها ثانيا فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل إن هذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة رحمه الله سالم عن النقض وأما على مذهبهما فينتقض بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولا حق لأحد فيه فزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه تأمل تفهم **قوله** وإن أكره على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد وجه قولهما أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لأن السلطان يعلم أنه لا تفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء

لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا يثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله

السلطان فيجعل غيره بالاتباع ووجه قولهما ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويتقي على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر والحكم انما يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود اقول يتجه على الوجه المذكور من قبل ابي حنيفة رحمه الله ان يقال نعم ذلك ممنوع كيف وقوع خطر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شرهم لا سيما في المواضع النائية عن العمران اكثر من ان يحصى ولئن سلم الندرة فان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذ لا شك ان مجرد الاحتمال يثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام ولنا ما ظاهر ان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا يمنع عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء الا يرى انه لو كان في غير المصر يعتبر بالاجماع ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا مما يغلب عادة اذا كان في المصر لان الظاهر انه يلحقه الغوث من الناس او من السلطان فيندفع والحكم لا ينبني على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر يعتبر كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي انتهى اقول على هذا التقرير يمكن ان يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع ان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه على حاله ثم اقول الحق ان مسئلة الكتاب والخلافات عامة المعتبرات تدل على ان حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعامة لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به عندهما فما ال ما ساعد القول بان الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع فيظهر ذلك بالتامل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات قال الامام قاضيخان في اول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به وعليه الفتوى انتهى وقال في الذخيرة وكتابه ومن شرط صحته ان يكون الاكراه من السلطان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على ما هو مذكور في مسئلة الزنا وصورتها غير السلطان اذا اكره رجلا على الزنا ففعل قول ابي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كانه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فمن بعض مشائخنا ان الخلاف بينهم في الزنا خاصة واما في غيره فاكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام ايضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا انما هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قالوا انما اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر **قوله** لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا يرى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا يثبت البينونة بالشك قال صاحب العناية ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان الردة تتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان قيل الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاد الكفر شك لانه امر لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى اقول لا يذهب على ذوي فطرة سليمة ان ما قاله الغوص في الكلام لان ما عده دليلين متحدان في المعنى وانما التغاير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب ان تبدل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فما معنى جعلهما دليلين وان جعل هذا وجعلهما دليلين بمجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى يجعل كلام المصنف دليلين ايضا لان الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى **قوله** فالقول له استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول له قال صاحب العناية في حل هذا المحل وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يقع فيها موضوعا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فهذا كان القول قوله انتهى كلامه اقول فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا

بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم

كتاب الحجر

في المعنى المجازي بلا شك أن اللفظ هنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لا حقيقة ولا مجازا وإنما هي أي الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم يكن إلا قد المنقول عنها بل كانت الفرقة من توابعه وكان القصد هنا من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الأصالة فصارت من قبيل مستتبعات الألفاظ المغايرة لحقيقة الكلام ومجازه على ما عرف في علم البلاغة فإن قلت يجوز أن يراد بالمجاز هنا ما يتناول ذلك أيضا بأن يراد به ما يتجاوز عن المعنى الحقيقي إلى أي شيء كان لا ما يتجاوز عن المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي فقط فيدخل مستتبعات الألفاظ أيضا قلت ذلك المعنى من كونه مما لا يعرف في اصطلاح أهل العربية يأباه قوله من قبيل تعيين المجاز فيما لا يمكن العمل بها من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه الجلي السديد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب النهاية معزيا إلى الإيضاح حيث قال وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والإكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الإيضاح انتهى **قوله** بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلى قال صاحب العناية وكان هذا إشارة إلى ما قال الإمام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة أن الإيمان هو التصديق والإقرار باللسان شرط إجراء الأحكام وليس ذلك مذهب أهل الأصول الفقه فإنهم جعلوا الإقرار ركنا انتهى أقول فيه نظر لأن ما ذكر في الكتاب كيف يكون إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي مع مشيه على المذهبين معا بل مشيه على المذهب الثاني أظهر في حال الإكراه على الإسلام لأن الإقرار إذا كان ركنا من الإيمان كان المكره على الإسلام آتيا بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم بإسلامه فإنه لما تحقق أحد ركني الإسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الإسلام ترجيحا لجانبه بخلاف ما إذا كان الإيمان هو التصديق وكان الإقرار شرطا لإجراء الأحكام فإن على هذا لا يتحقق شيء من ركني الإيمان في المكره على الإسلام وإنما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الإيمان شرط لإجراء الأحكام فوجه الحكم بالإسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لإجراء أحكامه لا يظهر ظهوره في الأول لا يقال كيف تمشى ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الإكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الإقرار ركنا من الإيمان يلزم أن يثبت حكم الردة بإجراء كلمة الكفر على اللسان لانتفاء الإقرار إذ ذاك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لأنا نقول إن من قال إن الإقرار ركن من الإيمان لم يقل إنه ركن أصلي مثل التصديق بل قال إنه ركن زائد والتصديق ركن أصلي ومعنى كونه ركنا زائدا أن الشارع اعتبره في وجود المركب لكن إن عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المركب موجودا كما تقرر ذلك في كتب الأصول بالاتفاق وعليه فيعني هذا يتمشى ما في الكتاب على هذا المذهب أيضا في حال الإكراه على الإسلام والإكراه على الكفر كما لا يخفى

كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيرا لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان أحق بالتقديم كذا في الشروح ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل التي هي أحد قطبي الديانة والآخر التعظيم لأمر الله تعالى وتحقيق ذلك أن الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم أولي الرأي والنهى ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع إلى المعاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل فأثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما لأن الساعي في التصرف لهما شفقة عليهما إذ ليس لهما عقل كامل يرعيان به وتمييز وافر يميزان به وكذلك حكم الصبي الرقيق فإن الصبي في أول أحواله كالمجنون وفي آخر أحواله كالمعتوه فما هو المتوقع من ضررهما متوقع في حق الصبي وأما الرقيق فإنه يتصرف في مال غيره إذ لا مال له ولا يستقل بالتصرف في مال الغير مثل سائر الناس في أنفسهم عامة فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر نظرا للمولى ثم إن الحجر في اللغة هو المنع فإنه مصدر حجر عليه القاضي إذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية أقول فيه قصور أما أولا فلأن الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع

قال الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال أما الصغير فلنقصان عقله غير أن إذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فإن قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وهاهنا لم نجد نفاذا لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال لأنه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة

عن التصرف قولا لا فعلا كما صرح به فيما سيأتي في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال وأما ثانيا فلأن المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليهم أيضا بالاتفاق والسفيه والمغفل والمديون أيضا محجور عليه عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب شيئا فشيئا فقوله في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجملة في التعريف المذكور قصور من حيث إطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع وفي الشرع منع التصرف قولا لصغر ورق وجنون انتهى أقول فيه تدارك للمحذور الأول ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى والأولى ما ذكر في معراج الدراية فإنه قال فيه الحجر لغة المنع مطلقا وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا بشخص مخصوص وهو المستحق للحجر بأي سبب كان انتهى تدبر قوله الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون هذه الثلاثة بالاتفاق وألحق بها أشياء منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس والمديون والسفيه بعد البلوغ رشيدا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كذا في الشروح أقول قد طبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على إدراج العته في الجنون وجعل الأسباب الأصلية المتفق عليها ثلاثة وهي الصغر والرق والجنون وفي كتب الأصول على جعل العته قسيما للجنون كسائر الأمور المعترضة على الأهلية وحكمه [illegible] في أكثر الأحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الأصول وهذا من النوادر قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال أي هذه المعاني الثلاثة التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال حتى أوجبت التوقف في الأقوال التي تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم من الصغير والمجنون ومن العبد وأوجبت الحجر من الأصل بالإعدام في حكم أقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فإنه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل فهذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم من الصغير والمجنون ومن العبد وما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والصدقة فإنه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه وقد خصص الشارح المزبور الأقوال المذكورة في مسألة الكتاب بالأقوال المترددة بين النفع والضرر حيث قال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلما خرج حينئذ عن الأقوال ما تمحض نفعا وما تمحض ضررا فكان فائدة إخراج الأول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه أصلا دون فائدة إخراج الثاني لثبوت الحجر فيهما في حق الصغير والمجنون خصص معنى إيجاب الحجر أيضا حيث قال أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم من الصغير والمجنون ومن العبد إشارة بذلك إلى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى الخصوص فيما تمحض ضررا من الأقوال ثم بين حكمه بقوله وما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والمجنون دون العبد لا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشيء من التخصيصين المذكورين يلزم إذ ذاك محذوران أحدهما أنه على ذلك المعنى الذي ذهب إليه الشارح المزبور يصير مآل معنى هذه المسألة وهي قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال معنى المسألة السابقة وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه فلا يكون في إعادتها ثانية فائدة إلا مجرد كونها توطئة لقوله دون الأفعال وثانيهما أنه لا يناسب حينئذ إدراج ما تمحض ضررا من الأقوال كالطلاق والعتاق والإقرار في المسائل المتفرعة على هذا الأصل وهو قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تفريعا على الأصل المذكور وقد وقع التصريح بناء على التفريع في مختصر القدوري في قوله

بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون **قال** والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه

فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال بتعيين التفريع بنفس عبارته فالوجه عندي ان اللام في الاقوال في قوله توجب الحجر في الاقوال للجنس وان المراد بايجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الاقوال ما يعم ايجابا بالتوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضرر وايجاب الالغاء من الاصل كما في الاقوال المتمحضة ضررا فما يحتاج الى اخراج هذا القسم اعني ما تمحض ضررا من الاقوال المذكورة في الاصل المسفور بل هذا القسم ايضا داخل في جنس الاقوال فيتناوله ذلك الاصل فيناسب تفريع المسائل الآتية باسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر في الاقوال التي تتمحض نفعا لان تحقق الحجر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع افرادها فصار الاصل المزبور مجملا وما فرع عليه من المسائل مبينا له وما حصل في تلك المسائل ما يحجر فهو داخل تحت حكم الحجر وما لا فلا تامل تقف **قوله** بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه اقول فيه اشكال لان الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة في الشرع مع ان القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع الا يرى ان طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا اعتاق العاقل البالغ هازلا وكذا يمينه هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع ان الهزل ينافي القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل كما تقرر في الغاية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا القصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن ان يجعل غير موجودة والثاني ان القول يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا يرى ان القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من غير ذي القصد بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلانه غير متمش في الانشاآت من الاقوال كالبيع والتطليق والاعتاق ونحوها فان الانشاآت ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى ان اكثر الاقوال المعتبرة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشاآت فلا يتم التقريب واما في الثاني فلانه منتقض بما يساوي فيه الجد والهزل من الاقوال كالطلاق والعتاق ونحوها تدبر تفهم **قوله** والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما ذكر هذه المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو قوله ان المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال لتنساق القوليات في موضع واحد كذا في النهاية والعناية قال بعض الفضلاء واذا اريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تاويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى وقد اخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان هاهنا فانه قال اراد بقوله لا تصح لا تنفذ لان حكمها سائر تصرفاتهما التي تتردد بين النفع والضرر موقوف على اجازة الولي الا يرى الى ما قال قبيل بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه الا اذا اريد بقوله والصبي من لا يعقل اصلا وبقوله والمجنون المغلوب حينئذ يجري قوله لا تصح على ظاهره انتهى كلامه اقول لا مساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا يساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل على الجنس في قاعدة العربية وعلى الاستغراق في قاعدة اهل الاصول كما تقرر كل في موضعه فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب ليسا بالمعهود بخصوصهما قطعا فلا بد ان يراد بالصبي والمجنون المذكورين هنا جنسهما او جميع افرادهما على احدى القاعدتين لا الحصة المخصوصة منهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلو اريد بهما ذلك القسم المعين منهما لزم ان لا يكون احكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي يجن ويفيق ولا احكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما

والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القول على ما بيناه قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولا يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقي على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عرف [illegible] وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله اعلم

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله

مذكورة في باب الحجر اصلا اذ موضع ذكر تلك الاحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم ان يكون متروكة السدى ولا يخفى فساده ولا يجاب بان وهناك انها تفهم مما ذكر دلالة لان سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب اقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم تصرف في حقهما على عدم صحته في غيرهما كما لا يخفى **قوله** والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام والاعتاق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار ان تفقد الالفة بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضرر مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من انه مما يتمحض ضررا اللهم الا ان يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتأمل واما ثانيا فلانه ان اراد بالمصلحة في قوله والولي وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال مصلحة للصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو الطلاق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم ان لا يتم قوله وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما افصح عنه المصنف رحمه والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تحقق تلك العلة كيف يمكن للولي ان يقف على تلك المصلحة وان اراد بالمصلحة المذكورة مصلحة في غير الطلاق يكون ذكرها لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

باب الحجر للفساد واخر هذا الباب لان اسباب الحجر فيما تقدم سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماوي في التاثير اقوى فكان بالتقديم اولى وفي الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه احرى بالتقديم قال في النهاية والمراد بالفساد هنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى اقول في تفسير كل من معنيي السفه على الوجه المذكور شيء اما في الاول فهو ان العمل بخلاف موجب العقل مع موجب العقل مشكل اذ الظاهر ان موجب الشيء لا يتخلف عنه ومن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى واما في الثاني فهو انه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف يتصور القول من ابي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه اذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند احد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بان المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل الا عن نفسه ولا محذور فيه لامكان العمل بخلاف ما اوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بان ما هو على خلاف مقتضى الشرع [illegible] في السفيه [illegible] بمعنى ابطال حكم التصرف بالكلية وان كان ذلك التصرف في نفسه [illegible] ضرر اشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم ان مسائل هذا الباب كما سيجيء على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر بالفساد والسفه اصلا انتهى اقول ليس هذا الكلام بسديد فان اكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه ابو حنيفة رحمه وصاحباه كقوله وان اعتق عبدا نفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له وقوله وان تزوج امرأة جاز نكاحها وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها

لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضرراً من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد **قال** واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابداً حتى يؤنس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا

وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكوة من مال السفيه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه وقوله فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله ولو يحجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحاً لماله وانما المسائل الخلافية بين ابي حنيفة رح وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلث ثنتان منها مذكورتان في اول الباب في الهداية والبداية احديهما مسئلة انه لا يحجر السفيه عند ابي حنيفة رح ويحجر عندهما وآخرهما مسئلة ان الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يؤنس منه الرشد وعندهما لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشده وواحدة منها مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها وهي مسئلة ان يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول ابي حنيفة رح في المسئلتين الاوليين اصلاً في الذكر وقولهما تبعاً له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لا على قوله الا المسئلة الاخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح ثم اقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم ان تلقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد مبني على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح فانه لا يرى الحجر للفساد اصلاً لكان صحيحاً كما لا يخفى **قوله** لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي قال صاحب العناية استدل المصنف رح بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظراً له كالصبي فهذا يحجر عليه انتهى اقول تقريره غير مطابق للمشروح اذ لا يخفى ان حاصل كلام المصنف رح هنا قياس السفيه على الصبي قياساً فقهياً في وجوب الحجر عليه نظراً له ويرشد اليه قطعاً قوله فيما سيأتي من قبل ابي حنيفة رح ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم ان صاحبي النهاية والعناية قالا هذا الدليل الذي ذكره المصنف رح انما يصح على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول الشافعي رح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة لا بطريق النظر له وقالا وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسداً في دينه مصلحاً ماله كالفاسق فعند الشافعي رح يحجر عليه زجراً وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه انتهى اقول فيه نظر لان من كان مصلحاً في ماله لا يسمى سفيهاً في عرف الفقهاء كما افصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل او الشرع واما كون المصلح في ماله اذا كان مفسداً في دينه يسمى بالسفيه على معناه الاصلي فلا يجدي نفعاً هنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفيه في عرف الفقهاء بانه لا يحجر عليه عند ابي حنيفة رح ويحجر عليه عند ابي يوسف رح ومحمد رح والشافعي رح ولو كان الفاسق داخلاً في السفيه في عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند احد من ائمتنا كما سيأتي في الكتاب **قوله** ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد قيل يشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل ايضاً ومع ذلك يحجر عليه واجيب بوجهين احدهما انه ذكر المخاطب مطلقاً والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلوة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها والثاني ان المراد بالمخاطب في قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف في المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما في النهاية وغيرها اقول بقي في كلام المصنف رح شيء وهو ان قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلاً فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة **قوله** وقالا لا يدفع اليه ماله ابداً حتى يؤنس منه رشده قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر انتهى اقول يمكن توجيه عبارته بان يحمل الابد على الزمان الطويل المستمر كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً

[illegible]

ستعمل الجراوة حينئذ خالياً فيسات للكت الطويل حينئذ لا مانع بين الابا وحتى كما لا يخفى **قوله** ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب لا يتادب بعدها
غالبا الا يرى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن ان يوجه على وجهين احدهما ان يقال
سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي ان يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة لصيرورته
باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني ان
يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التاديب الى آخره انتهى كلامه وقد اقتفى اثره
الشارح العيني اقول في تقرير الوجه الاول على ما ذكره خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه ما دام وان المعلول هو المنع من حيث التاديب دون المنع
المطلق يلزم ان يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التاديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتاديب مع تحقق
السفه بعدها ايضا ولا شك ان تخلف المعلول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين فيبقى ما بقي العلة فاعتبار التاديب مع المنع في جانب المعلول ان
ايضا لا يستلزم ذلك الباطل المحال والصواب عندي في تقرير الوجه الاول ان يقال لا نسلم ان علة المنع هو السفه وحده بل هو مع قصد التاديب
فاذا لم يبق المحل قابلا للتاديب بعد تلك المدة لم يقصد التاديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء احد جزئيها وهو قصد التاديب فلزم انتفاء المعلول الذي
هو المنع ايضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه المنع لا التسليم كما توهم **قوله** ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ
وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع قبل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند
العدم سلمناه لكنه منكر فيراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورته فرعه اصلا وكان متنبها في الامانة
كذا في العناية وغيرها اقول في الجواب بحث لان كونه متنبها في الامانة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في المجنون اليتامى
عدم تصور الرشد فيه سلمناه لكنه لا يطابق قول ابي حنيفة رح في وضع المسئلة من انه اذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم
الا ان يراد بالرشد هناك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ وبابا ودليله تامل **قوله** لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم
ناظرا فيتحرى المصلحة فيه قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لانه ركن وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب
ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا
فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله استدل على الجواز والتوقف بقوله
لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا استدلال على الجواز فقط انتهى اقول يمكن ان يحمل كلام صاحب العناية هنا ان المصنف رح استدل على المجموع
والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الى آخره اي استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد وعلى التوقف بقوله والتوقف للنظر الى آخره فحصل
المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من اول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على اول استدلاله سوال ظاهر الورود وتصدى
الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان فتبصر **قوله** والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا **قوله** ثم لا يتحقق ما لا يؤثر
فيه الهزل قال في العناية وفيه بحث من وجهين الاول ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق رقبة لم ينفذ العتق كذا لو نذر بهدي او غيره ولم ينفذ فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد
وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في

قال وإن تزوج امرأة جاز نكاحها لأنه لا يؤثر فيه الهزل ولأنه من حوائجه الأصلية وإن سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لأنه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لأنه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تلزم الزيادة فصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة لما بينا قال وتخرج الزكوة من مال السفيه لأنها واجبة عليه وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي أرحامه لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه والإنفاق على ذي رحمه واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس إلا أن القاضي يدفع قدر الزكوة إليه ليفرقها إلى مصرفها لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أمينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف إذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور أو بقرة قال فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه لأن نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الأصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم الآية وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما أيضا بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر

ووجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا النقصان في العقل والجواب عن الأول أن قصدنا بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذر لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما انتهى أقول في الجواب عن الأول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث أيضا أما في الجواب عن الأول فلأن حاصل ما ذكر في بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذر إذا وقعت من السفيه وهذا لا يجدي شيئا في دفع البحث الأول لأن حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهم أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه في الكفارات والنذر مع عدم تأثير الهزل في شيء منها فما ذكر في الجواب لا يقوي البحث فضلا عن أن يدفعه وأما في الجواب عن الثاني فلأن ما يجيء في الكتاب هو قول المصنف رحمه الله لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق إلا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليك أن هذا أيضا لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في أصلها كما هو حاصل البحث الثاني أيضا بل يقويه كما عرفت آنفا ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث إذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه فلا بد من الاشتراك انتهى أقول كأنه غفل عن أداء تخريج فتوهم أن الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل فاعترض بأنه لا بد في تمام التعليل هنا من الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب مما لا تأتي تمامه لا يوجد في السفيه كما أن المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير المذكور راجع إلى حق الهازل في قوله لا في حق الهازل فالمعنى والذي يصح في حق الهازل أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له وما ذكر في الكتاب إنما يصح في حق السفيه فقط فيشتمل على الكلام على كل منهما فيكون ذلك التعليل تاما فتأمل كما لا يخفى **قوله** ولنا قوله تعالى فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم وقد أونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة قال في النهاية وفي المبسوط فقوله رشدا منكر في موضع الإثبات والمنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تعم فإذا وجد رشدا ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال إليه انتهى أقول تقرير دليل أصحابنا هنا على الوجه المذكور في الكافي وفي المبسوط يخالف تعليل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فإنه يحجر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فيتناوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع إليه أيضا ماله وإن لم يكن في تقرير استدلال أئمتنا بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعدما ذكر ما في الكتاب شرحا على وفق ما في المبسوط حيث قال إلا أن الرشد في المال مراد بالإجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كيلا تعم النكرة المطلقة أو أن الدفع معلق بإيناس رشد واحد لأنه نكرة في موضع الإثبات فلا يكون الرشدان مرادا لأنه حينئذ يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر **قوله** ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف أقول يرد عليه النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قولهما لا محالة لأن الإسلام فيه أيضا متحقق بل هو أقوى فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون واليا للتصرف فيه غير محجور عليه كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله **قوله** ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي رحمه الله بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات إلى آخره واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فإنه لم يحجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلثة أيام فإنه ثبت له البيع بشرط الخيار وما حجره وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم لأنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب العناية بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب وفيه أن ذلك لمنع المال لا الحجر الذي فيه النزاع انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال فهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة لأن الإلزام يفيد المنع كما سبق من دليلهما انتهى أقول ويجوز أن يرد هذا أيضا بأن الحجر

فصل في حد البلوغ قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضي وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوءهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة **قال** واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رح لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص

فيمنع من منع المال في العقوبة كما مر في دليل ابي حنيفة رح على عدم الحجر على السفيه فاني يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وان منع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يتوقف على اليد كما مر هذا ايضا في دليله جوابا عن قولهما المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ههنا والا لم يفد المنع كما تقرر من العلماء وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظر لان في حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه السلام اطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم انتهى اقول ليس ما قاله بشئ اذ لا شك انه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شئ بل فيه ارشاده الى الاليق بحاله من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور في البيع المطلقة يشعر باعترافه ايضا بانه لم يصر محجورا عليه حقيقة في شئ فلا يجدي ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة اي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا ينفع لما في دفع مادة الاعتراض ههنا فان مراد اهل الاعتراض ان حجر القاضي المفلس في بيوعه مطلقا اي سواء شرط فيها الخيار ام لا فيرد عليهم الحجر على المفلس في البيع التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك **قوله** وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به اقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوي وهو انه لا شك ان المتيقن به في بلوغ الصبي اشده انما هو اكثر ما قيل في اشده من المدة دون اقل ما قيل فيه لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة اشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو اكثر ما قيل في اشده بلا ريب ثم اني لم ار احدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالا فان قيل ينبغي ان يقال بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا اول الآية ولا تقربوا مال اليتيم الى قوله حتى يبلغ اشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد واقل ما قيل في تفسيره ثماني عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى اقصاه لا يبان مده الى ثماني عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى اقصاه وكانت ثماني عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فيبنى الحكم عليه انتهى اقول في الجواب نظر لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ اشده ومجرد دخول مد الحكم السابق الى ثماني عشرة في مدة الى اقصى ما قيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثماني عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها اشده فيما اذا مد الحكم الى اقصاه ايضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة اكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في انفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في اصل التعليل ان يقال وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه الاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا انه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به واما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصوب

باب الحجر بسبب الدين عقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد وما عليه قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلوة وفي باب مقاسمة الجد من علم الفرائض لان ابا حنيفة رح لا يرى شيئا منها وما عليه قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتا منهما ونفيا منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلاجرم

اخر تاخيره عنه **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر في الدين اذا وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه الحجر عليه لا احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص قال صاحب الغاية في هذا المقام وابو حنيفة رحمه الله لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يتحمل الاعلى للادنى انتهى اقول لا يذهب عليك ان قوله فلا يتحمل الاعلى للادنى لا يناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة

فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر

ان يقال فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى كما قاله المصنف رح في اوائل باب الحجر للفساد واشار اليه ههنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يتحمل
وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى ثم اقول يمكن توجيه ما عليه النسخ الآن بوجوه الاول ان يحمل المراد بالاعلى في قوله فلا يترك الاعلى للادنى على اهلية المديون لا على اهدار
الاهلية وبالادنى على المال نفسه لا على ضرره ويشهد له انه قال للادنى ولم يقل لدفع الادنى كما قاله المصنف رح ولا شك ان كون اهدار الاهلية ضرره افوق ضرر المال انما هو بسبب
كون الاهلية اعلى اي اشرف وكون المال ادنى اي اخس كان ضرر فوت الاشرف فوق ضرر فوت الاخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله في السؤال الآتي و
انما يكون الاول اعلى ان لو كان في شخص واحد ان يكون المراد بالاعلى اهدار الاهلية وبالادنى ضرر ما يقابله قلت التطبيق ما في الموضعين في تعيين المراد غير لازم
فان حمل نفس الاهلية شرفا وعلو اهدارها ضرر الحق لازمان كذا ذاته نفس المال ودناءة ضرره مجازا ان يراد بالاعلى والادنى في موضع نفس الاهلية ونفس المال وفي
موضع آخر ضررهما ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتامل والثاني ان يحمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الابقاء فيكون
معنى قوله فلا يترك الاعلى للادنى فلا يبقى الضرر الاعلى لاجل الضرر الادنى اي لاجل دفعه ومجيء الترك بمعنى الابقاء واقع في التنزيل كقوله تعالى وتركنا عليه في
الآخرين اي ابقينا نص عليه في القاموس وشايع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف رح ايضا في هذا الباب حيث قال و
يترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار الاهلية تحقق اهدارها اولا لان الابقاء
فرع التحقق ومذهب ابي حنيفة رح ان لا يجوز اهدار اهلية الانسان راسا لان فيه الحاقه بالبهائم قلت لا نسلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون الابقاء فرع التحقق
انما هو في الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن ان يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام والثالث ان يحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في
قوله تعالى لئلا يعلم اهل الكتاب وقوله تعالى لا اقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان قلت قد عينت مواقع زيادة لا في اكثر كتب النحو احدها مع الواو بعد
النفي وثانيها بعد ان المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت ذكر ابن هشام في مغني اللبيب
وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وما يشعركم انها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لا زائدة
والا لكان عذرا للكفار وعد منها ايضا قوله تعالى وحرام على قرية اهلكناها انهم لا يرجعون وقال فقيل لا زائدة والمعنى ممتنع على قرية قدرنا اهلاكهم لكفرهم انهم
يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة انتهى ولا يخفى ان هذين الموضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفى بهما حجة لهذا الوجه
فان قلت لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للادنى اذ لا معنى لان يقال يترك الضرر الاعلى للضرر الادنى فان ترك الضرر الاعلى ليس للضرر الادنى بل لكونه
اشد واقبح منه ثم ان الاعلى لم يكن معنى قوله للادنى لدفع الادنى بل اذا كان معناه ذاك كما هو الظاهر ففساد المعنى اظهر اذ يصير المعنى اذ ذاك فيترك الضرر الاعلى
لدفع الضرر الادنى فيلزم ان لا يتحمل شيء من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم ذلك بان يحمل اللام في قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى الكلام
فيترك الضرر الاعلى عند تيسر الضرر الادنى لوجوب اختيار اهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومجيء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في مغني اللبيب ومثله
بقولهم كتبته لخمس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم انتهى والانصاف ان هذا الوجه ابعد الوجوه
التي ذكرناها لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما وقع من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية
ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى لو كانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر
الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون بمجازاة شرعا ولو لم يكن اعلى مما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى مما

ولانه تجارة لاعن تراض فيكون باطلا بالنص

ضرر الدائن انتهى كلامه اقول حاصل السؤال منع كون الحبس ملجئا للمديون على ضرر من ضرر الدائن مستندا بكونه نافيا تخصيصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة ويتبين منه بطلان السند ايضا تقريره ان ههنا الجاء على ضرر ادنى من الحبس والحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن بلا خلاف مقدمة مقررة وهي ان الاعلى من الاعلى من الشيء اعلى من ذلك الشيء ولا شك ان هذا القياس يقتضي كون الالجاء على ضرر ادنى من ضرر الدائن كان في تخصيص فسقط المنع وبطل السند ولكن البيان في المقدمة الثانية من القياس المذكور وهي قولنا والحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور اولا بما حاصله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن لما اندفع بها بيانا ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة المقصود بها بيان تمام في الجواب بحث اما اولا فلان قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة في حيز المنع لجواز ان يختار المديون الحبس ابدا ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع به ضرر الدائن واما ثانيا فلان الحبس لو كان اعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى بناء على مقتضى قوله لا تحمل الضرر الاعلى لدفع ضرر الادنى كما هو الاساس في اثبات مذهبه في هذه المسألة مع ان الحبس جائز هنا بالاجماع ومتعين عند ابي حنيفة رح ويمكن ان يجاب عن الاول بان اختيار المديون الحبس ابدا مع قدرته على اداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة الا نادرا والنادر كالمعدوم ومبنى الاحكام الشرعية على الغالب الاكثر وعن الثاني بان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء الظلم المديون الدائن بالمماطلة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب ادب القضاء بكون الحبس جزاء المماطلة حيث قال اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واشار اليه الشارح المذكور في اثناء تقرير المزبور بقوله والحبس ضرر يلحق المديون بمجازاة شرعا ولعل قصده الاشارة اليه كان باعتبار ذكره هذه المقدمة اثناء الجواب والا فلا فائدة في ذكرها هنا اذ لا دخل لها في اثبات المقدمة الممنوعة في السؤال كما نظهر من تقريرنا السابق فاذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع المال عن الدائن به ايضا لا لمجرد دفع هذا الضرر الذي هو ادنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول ابي حنيفة رح لا تحمل الاعلى لدفع الادنى فان قلت هب ان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له ولمجازاة ظلم المماطلة شرعا لكن يندفع به ظلم المماطلة ايضا كما يفصح عنه قول المصنف رح فيما بعد ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه انتهى فيقاس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة ولو لم يكن اعلى لما اندفع به ضرر الدائن ان يقال ولو لم يكن الحبس اعلى من ظلم المماطلة لما اندفع ذلك الظلم فيلزم ان يكون الحبس اعلى من ظلم المماطلة ايضا فيعود انتقاض قوله لا تحمل الاعلى لدفع الادنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآتي المراد بقول المصنف رح فيما بعد ودفعا لظلمه لا ظلمه الماضي اذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لانها عرض لا يبقى والذي جعل الحبس جزاء انما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن ايضا فلا تمشي النقض بالنظر الى مجازاة ظلمه الماضي كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس اعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لا تحمل الاعلى لدفع الادنى في قوة على موجب القياس وما الحبس فقد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما مر جوابا في فصله وفصاوة فيترك به القياس بخلاف الحجر بسبب الدين فانه لم يثبت بنص فيجري فيه القياس ويسقط النقض بكلية قطعا لا يقال الحجر بسبب الدين ايضا ثبت بالنص وهو ما روي ان معاذا ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص كما ذكر في البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الامامين في هذه المسألة لانا نقول اجابوا عنه في تلك الكتب ايضا عن قبل ابي حنيفة رح بان بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعان بالنبي عليه السلام وقالوا الدليل عليه ان بيع ماله لا يجوز حتى يامره ويأبى ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه ان يخالف امر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع انه روي انه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم

ولكن يحبسه ابداً حتى يبيعه في دينه ايفاءً لحق الغرماء ودفعاً لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء
لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظراً له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء
والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة
قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة لان التفريق متعين لذلك قال وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه
وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبراً
وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملاً بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود
ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان
لانه اذا غسل ثيابه لابد له من ملبس **قال** فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطاله حقهم بالاقرار لغيرهم

ان بيع المال بركته فيه ضرر متعينا بركته انتهى فظهر انه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين فتعين ان المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الاسرار التي وقفت لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب ههنا اني قد ابتليت في زمان من الازمان بان امتحن مع بعض من عد من الاهالي والاعيان لاجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلثة الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق ان يقع البحث من هذا الكتاب في اول هذا الباب فكان استخراج بعض من اصحاب الامتحان في هذا المقام على ان تكون كلمة لو في قول صاحب العناية في الجواب ولو لم يكن اعلى بلا اندفع به ضرر الدائن مع اصليه فيجعل كلمة اعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة مبني على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا حكمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رائه الباطل بل اصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جملة المدرسين بالمدارس العالية توقع النزاع وشاع الامر حتى كاد يقع فتنة عظيمة وتعذر من قال رحم الله امرأ عرف قدره ولم يتعد طوره **قوله** ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه اقول يرد على ظاهر عبارة المصنف ههنا ما اورده صاحب العناية على نظيره في اوائل باب الحجر للفساد بان قال تسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا ايضا بما وجهنا به عبارته هناك من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو ان تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كي دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبسه ابدا لكي يبيعه فلا مسامحة في الجمع اصلا فان المسامحة انما هي في الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم ان قصد بالابد معنى الدوام ولكنه امر آخر وراء المسامحة في الجمع تامل تقف **قوله** وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه اقول لقائل ان يقول لا يجب ان يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر على الغني ايضا عندهما نظرا للغرماء بل الحجر بسبب الدين انما يفيد فائدة في حق الغني دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس في وضع المسألة محل بحث لا يقال قد ذكر في النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة ان من مشايخنا من قال مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالافلاس حتى ان الحجر عليه ابتداء من غير ان يقضي عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والخلاف عندهما يتحقق في حالة الحيوة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس فيصح الحجر بناء عليه وعند ابي حنيفة رح الافلاس في حال الحيوة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس فلا يصح الحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسألة مسألة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند ابي حنيفة رح كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس انتهى فيجوز ان يكون ذكر المفلس في وضع المسألة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسألة وتقريرهما كقوله في مذهب ابي حنيفة رح وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله في مذهبهما لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم وقوله فيه ايضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل قطعا على ان ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسألة الحجر بناء على مسألة القضاء بالافلاس اذ القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسألة مسألة مبتدأة غير مبنية على مسألة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب ان يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به من يدعي الافلاس فيتناول الغني ايضا اذ الظاهر ان المديون الذي لا يؤدي دينه يدعي الافلاس وان كان غنيا في نفسه والا من حاله حال المفلس ولا شك ان الغني الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم اداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسألة بما اذا كان مفلسا حقيقة **قوله** ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء اقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع انهما من جنس التصرف ايضا غير واضح والعهدة في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري ذكرها المصنف رح بعينها ولكنه لو ذكرهما بتصرف كان احسن كما لا يخفى **قوله** وهذا عند ابي حنيفة رح استحسانا قال كثير من الشراح انما خص

لا يستولدها لانه مشابها الام ولذا لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حق الغرماء لم يتعلق به لعدم وقت الحجر فان ويصدق على
ما لا يعلى زوجته وولده الصغار ودوى ارحامه ممن يجب نفقته عليه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر
ولو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين
والكفالة وقد ذكرناه في الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيده قال الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله
لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال
بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين
فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق
يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه
وبينه الا ان يقيموا البينة انه له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رح لا يتحقق القضاء بالافلاس
لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة

اباحنيفة رح بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا
لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف انتهى اقول ما ذكروه انما يتم ان لو كان عبارة المصنف رح وهذا عند ابي حنيفة رح بدون ذكر قوله استحسانا واما عند ذكر قيد الاستحسان
كما هو الواقع في كلام المصنف رح فقد كان ذلك مخصوصا بابي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول
ابي حنيفة رح فقط واما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار تدبر **قوله** بخلاف الاستهلاك قال جماعة من الشراح قوله بخلاف
الاستهلاك متعلق بقوله لزم ذلك بعد قضاء الديون يعني انه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة
الغرماء انتهى كلامهم اقول في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المواخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤاخذ به
قبل قضاء الديون بل المواخذة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء صريح في الجميع بمرتبة واحدة لكن الكلام
في استدراك اول كلامهم بل في اختلاله فالاظهر الاخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف رح بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف
عليه اسوة للغرماء بلا خلاف انتهى او ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء
قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار اقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما في نظيره بل من عدم ارادة حقيقته ههنا ظاهر لان قوله من
ماله يأبى ارادتها قطعا ومن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على احد التوجيهين الذين ذكرتهما
فيما مر قبيل هذا **قوله** فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اقول كان هذا
لفظ مختصر القدوري والبداية ههنا كذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل
في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة انتهى فقد ترك المصنف رح في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه
لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف رح عند كتب هذه المسئلة في الهداية لامر يعتري الانسان في بعض الاحيان على مقتضى البشرية **قوله** الى ان قال
وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له قوله الى ان قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدوري في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال
الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله
لوجوب النظرة الى الميسرة تعليل لذلك اقول كان الاولى والاظهر ان يقدم المصنف رح قوله الى ان قال على قوله وقد ذكرناه في الفصل بوجوهه في كتاب ادب
القاضي لئلا يعترض كلام نفسه اثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى ان قال بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وان يترك قوله الى
ان قال ويقول قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره تبصر **قوله**
ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة اقول لقائل ان يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد
عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد ان تكون القسمة بينهم بالحصص اي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل يوهم
لزوم الاستواء فيما اخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل **قوله** لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب
ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة قال صاحب العناية في تقرير المحل لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن
وهو العجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة انتهى ورد بعض الفضلاء قوله

اليسار يتوجه على بينة الانسان لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة ... في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسعي دليل على ...
داره ولا يجلسه في موضع لانه حبس فيه ولو دخل في داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له ...
خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه ...
الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كانت الدين لرجل على امراة لا يلازمها ...
لما فيه من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امراة امينة تلازمها **قال** ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه
وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم
المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ... الا انه بعد القبض ... حق البائع في العين ...
وصف في الذمة ... تحقق ... مبادلة ... الاستبدال ... والله اعلم بالصواب

كتاب المأذون

الاذن هو الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا

والجامع بينهما انه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الى آخره لبيان صحة القياس فليتامل انتهى اقول ليس ذاك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد ان يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والا لزم ان يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقود المعاوضة ايضا ولم يقل به احد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف رحمه الله صحة القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بان الجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما انفرد به صاحب العناية بل اطبقت على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام الزيلعي وغيرهم

كتاب المأذون

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر فلما ترتبا وجودا ترتبا ايضا ذكرا رعاية للتناسب **قوله** الاذن الاعلام لغة اقول لم ار قط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجئ الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشائخ في كتب الفقه تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف رحمه الله ولعلهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الاذان من اذن له في الشئ اذنا اي اباحه كما صرح به في القاموس بما يلازمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع الايماء اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال يحتاج ههنا الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال اما اللغة فالاذن في الشئ رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما حجر عنه من اذن له في الشئ اذنا انتهى ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت انتهى وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام انتهى فان مدار ما ذكراه اتحاد الاذن والاذان حيث استشهدا بمعنى احدهما على معنى الآخر وليس كذلك قطعا والاظهر في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال اما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شئ اي شئ كان انتهى **قوله** وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا قال في نهاية البيان يعني ان العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا اذن له المولى اسقط حق نفسه انتهى وقال في النهاية اي اذن المولى لعبده في التجارة واسقاط الحق لنفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه وبالاذن اسقط حق نفسه عنده انتهى وقال في العناية فان المولى اذا اذن عبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه انتهى وقال تاج الشريعة لانه كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الاذن لا يتعلق الديون برقبته ولا بكسبه وبعد الاذن يسقط هذا الحق ويتعلق الديون بهما انتهى وقال في الكفاية وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق المولى بالنية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بهما صونا لحق المولى وانه بالاذن اسقط حقه انتهى فتلخص من المجموع ان المراد بالحق ههنا حق المولى وقد افصح عنه المصنف رحمه الله فيما بعد حيث قال والحجارة عن التصرف لحق المولى لانه ما تهدر تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه انتهى قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق ههنا حق المنع لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتي والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والولي ان كان صبيا انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على ان تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على ان يكون ...

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه
ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى

بمعنى اللام ولا ريب ان الحق الذي هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقا له قطعا واما ثانيا فلا نسلم ان ما دخول اللام في حق المولى لا يسقط بالاذن
انه لا يسقط به اصلا ممنوع كيف وسياتي انه اذا لزمته ديون محيطة بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا
لا محالة وان اراد بذلك انه لا يسقط به في الجملة كما اذا لم تحط بها ديون فمسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطا بالكلية
البتة بل المراد به اسقاط في الجملة وذلك يتحقق في صورة عدم احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته ايضا بالنظر الى البعض الساقط بقدر الدين كما لا يخفى واما ثالثا فلان
حق المولى باذن العبد فلا يعتبر اذ المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما بين فيه اذن الصبي ايضا على سبيل التبعية نعم يرد ان يكون ما ذكره تفسير الاذن
في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون ثم ان صاحب النهاية قال واما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عندنا والاذن
لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما ثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة وقال هذا ما ذكره في المبسوط والايضاح والذخيرة والمغني وغيرها انتهى
وقد اقتفى اثره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر انتهى اقول كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى
لان حكم الشيء على ما تقرر عندهم انما هو اثره الثابت به المترتب عليه وقد اشار اليه صاحب النهاية ايضا بقوله لان حكم الشيء ما ثبت به ولا يذهب على ذي مسكة ان
ما ثبت بالشيء ويصير اثرا مترتبا عليه لا يصلح ان يكون تفسيرا لذلك الشيء معمولا عليه بالمواطأة ثم اقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها ان حكمه ما هو تفسيره الشرعي
بل المذكور فيها هكذا واما بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عندنا ولها الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت
في الاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة انتهى فيجوز ان يكون المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤول الى معنى انفكاك الحجر وليس بمنزلة
للحجر ولا شك ان المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن فيصح ان يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن
الشرعي اذ لا ريب ان الانفكاك اثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة حيث
قال واما حكمه فملك المأذون ما كان من قبيل التجارة ولو ازمها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هنا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت
بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا وكان حكما له الى هنا كلامه **قوله** والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز
فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لحكمها
فلا يكون اهلا للسبب اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اهل لذلك الا يرى ان استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه فاذا لا ينافي
الرق اهلية الحاجة فيكون اهلا لقضائها وادنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلي يثبت للعبد
وما وراء ذلك تخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على ان البائع بالخيار ثم مات فمتى اختار البائع البيع تثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث
تصرف باشره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب الاصول اقول فيه بحث لانهم ان ارادوا ان الرقيق له ملك اليد باهليته الاصلية
الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل بما تقرر عندهم من ان المكاتب مملوك لمولاه رقبة لا يدا والمدبر مملوك له يدا لا رقبة والقن مملوك له رقبة ويدا فان الرقيق اذا كان
مالكا يده فكيف يكون مملوكا لمولاه يدا في صورة ان كان قنا او مدبرا وان ارادوا ان له ملك اليد باهلية مكتسبة من مولاه بالاذن او الكتابة فلا يتم التقريب
اذ كلام المصنف رح وغيره صريح في ان اصل اصحابنا ان العبد المأذون له يتصرف لنفسه باهليته الاصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتامل في التوجيه **قوله**
ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى قال في العناية صحيح المصنف رح كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لان اول التصرف

ولهذا لا يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعى رح ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبى باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا

يباشره العبد الماذون بالشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد فى الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف فى ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب يحبس وذمته خالص حقه لا حق المولى ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه انتهى وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلا عن الذخيرة اقول يرد على ظاهر قوله لان اول تصرف يباشره العبد الماذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع انه لا يلزم من ان لا يكون له مال يبيعه ان يكون اول تصرفه الشراء لجواز ان يكون اول تصرفه اخذ المضاربة او ايجار نفسه فانه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سياتى فى الكتاب لا يقتضى شئ منهما ان يكون له مال كما لا يخفى ويمكن ان يقال يجوز ان يكون بناء قوله المزبور على ما هو الاصل فى التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى ان الاصل فى التجارة هو البيع والشراء كما سياتى التصريح به من المصنف رح وانما هو الغالب وقوعا فى باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد الماذون فى اول تصرفه مال يبيعه تعين له الشراء ثم قال بعض الفضلاء فى حاشيته على قول صاحب العناية لان اول تصرف يباشره العبد الماذون الشراء بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مواجرة نفسه غير جائزة عند الشافعى فى احد قوليه على ما سيجئ انتهى اقول فى كل من ايراده وجوابه سقامة اما فى الاول فلانه قال بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر ان يقول بل يجوز ان يكون اول تصرف يباشره مواجرة نفسه على ان قوله مواجرة نفسه خطأ على ما ذكر فى الاساس والمغرب وكان الصواب ان يقول بدل ذلك ايجار نفسه كما قلت فيما مر واما فى الثانى فلانا لو سلمنا ان العبد الماذون لا يتصرف لعبد الماذون لنفسه بالكلية لا يسند الجواب عما قاله الخصم بل لم ينفع التصريح من المصنف رح ههنا بما قاله الخصم اصلا فكيف يصح ان تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم فى احد قوليه دون ههنا على انها لو حملت على مذهب الخصم لم تسلم ايضا لجواز ان يكون اول تصرف يباشره اخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يتم الحمل على مذهبه فالذى يمكن فى الجواب ما قدمناه لا غير قوله ولهذا لا يقبل التاقيت قال صاحب العناية وصحح المصنف رح كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت ثم قال فان قيل قولك الحجر واسقاط الحق مذكور فى حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك كما اشرنا اليه والثانى ان حكمه الشرعى هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا انتهى كلامه اقول فى كل من وجهى الجواب نظر اما فى الاول فلان تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال على ان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل الثانى هو الاستدلال فما معنى قوله انه ليس باستدلال واما فى الثانى فلان كون حكمه الشرعى هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشئ ما هو خارج عنه مباين له وان كان اثرا مترتبا عليه وتعريف الشئ ما هو محمول عليه بالمواطأة متحد به فى الذات فانى يكون احدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق فى الجواب ان يقال ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد ان التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمنى كان يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق للاصول او نحو ذلك ولا يخفى ان تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعا ونظير هذا ما حققوا فى فنه من ان المنع والنقض والمعارضة فى التعريفات انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد قوله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبى باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد ان قال مثل هذا هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وذكر قاضى خان فى فتاواه اذا رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن انتهى اقول كانه فهم التخالف بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضى خان فى فتاواه وليس الامر كما فهمه اذ الظاهر ان مرادهم ان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا مملوكا له لا يصير اذنا فى حق ذلك التصرف الذى صادفه السكوت لا فى حق سائر تصرفات ذلك العبد فى باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذى صادفه السكوت بلا ريب ولا دلالة فى كلام

لان كل من رآه يظنه مأذوناً له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له والولاية منتفية دفعاً للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذناً عاماً جاز
تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسألة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه
اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافاً لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر
من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع
ما بقي اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد
البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء
ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجارة ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاماً فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال
عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لان من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي هو يقول لا يملك العقد على
نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما
الاجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وقال زفر والشافعي لا يكون مأذوناً الا في ذلك النوع

صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذناً في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عيناً مملوكاً للمولى بغير رضاه بل خلافه مصرح به في اكثر الشروح وسائر
المعتبرات قال في البدائع واما الاذن بطريق الدلالة فنحو ان يرى عبده يبيع ويشتري فلا ينهاه ويصير مأذوناً في التجارة عندنا الا في البيع الذي صادفه السكوت
واما في الشراء فيصير مأذوناً وعند زفر والشافعي لا يصير مأذوناً انتهى وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل واذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشتري فلم
ينه عن ذلك يصير العبد مأذوناً في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عيناً من اعيان ماله فسكت يصير مأذوناً في التجارة ولكن لا يجوز بيع مال المولى قال محمد رحمه الله
وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئاً بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذوناً في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا انتهى فكيف يجوز حمل كلام
قاضي خان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الاصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عيناً من اعيان ماله فسكت يصير مأذوناً في التجارة فالوجه ان يحمل على ما مر

قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه قوله لان كل من رآه يظنه مأذوناً له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له ولو لم يكن المولى راضياً لمنعه دفعاً للضرر عنهم
قال صاحب العناية في تفصيل هذا التعليل وانما جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق
ديون عليه واذا لم يكن مأذوناً تأخرت المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين باتواء حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه
ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به اولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء من جانب
الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لم لا ان يقولوا ذلك لحماقة العامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى
ولذلك نظائر انتهى اقول ليس هذا بوارد لان العاقل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما يجري عليه العرف من ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويرد عليه
وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا ان العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويرد عليه فاذا لم ينه علم انه راض فجعل سكوته اذناً دلالة
دفعاً للغرر عن الناس فانهم يعتقدون ذلك لما امنه فيما يعونه حملاً للفعل على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند امر يعاينه
عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع انتهى فبعد ذلك كيف يحتاج الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته وهل يكون النظائر لما عامله
دون خلافه ثم اقول بقي شيء في تقرير صاحب العناية وهو انه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبراً
مع انه ايضاً غير متحقق بناء على ان الديون قد يلحقه وقد لا يلحقه فلا بد في الفرق والرجحان ولا بد من البيان ثم اقول في العناية فان قال حين ذلك التصرف الذي
رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى اجنبياً يبيع من ماله فسكت لم يكن اذناً والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذناً واذا رأى
رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذناً فما الفرق اجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال ولا يثبت وليس في ثبوت الاذن في
غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذناً بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذناً بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله
وفي الرهن لم يصر سكوته اذناً لان جعله اذناً يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر محقق لا يقال الراهن ايضاً يتضرر ببطلان
ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد باق فكان اقوى
واما الرقيق عبداً كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذناً قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذناً وجازة
دفعاً للغرر والضرر على احد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفاً لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة له
وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً لا تكون فسخه فلا يتضرر به احد قيل فيه نظر لانه لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما

وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له ولهذا يملك حجره
فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره
فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه **قال** وان
اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان يامره بشراء ثوب للكسوة او طعام للاكل وهذا لانه لو صار ماذونا يسد عليه باب الاستخدام
بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد منه
لما هو نوع فيصير ماذونا في الانواع **قال** واقرار الماذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته
ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة
لانه كالمحجور في حقه **قال** وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس
بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي **قال** ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة
المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المالك قد رضي به وتنتقل الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير

في ان سكوته اجازة اولا فلعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وحشي ان النظر
غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر بحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا انتهى اقول كانه لم يفهم مراد من اورد النظر اذ لا كلام في ان كون
السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو في ان نكاح الرقيق هل فيه ضرر ام لا اذ لا شك انه موقوف على اذن المولى فان كان سكوته اذنا تحقق الضرر فيه
والا فلا فحيث احتمل ان يكون سكوته اذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يمكن كون نكاحه موقوفا على اذنه لعدم ثبوت الضرر فيها وان بني عدم ثبوت الضرر فيها
على عدم كون سكوته فيها اذنا لزم المصادرة اذ هو اول الكلام الذي يطلب الفرق بينه وبين ما نحن فيه في اصل السؤال وهذا هو المراد بقوله في النظر وانما هو مبني
ان سكوته اجازة اولا فتامل تقف **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد ان اذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما
اذا سكت من النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد ان اذن له في نوع مخصوص منها والحاصل انه سواء نهى عن ذلك النوع او سكت عنه يكون ماذونا في جميع التجارات
خلافا لزفر والشافعي رح كما ذكر في الايضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية في هذا المقام وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم نهاه عن نوع انتهى
اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح اذ المراد به ما قررناه آنفا بدليل لفظ آخر في قول المصنف رح اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر ويأبى ذلك ما قاله صاحب العناية
قطعا وكيف ومسألة الاذن العام مر منها متفرعاتها في الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسألة الاذن في نوع خاص فلا معنى لخلط حديث الاذن العام
ههنا كما لا يخفى **قوله** ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع اقول لقائل ان يقول ان اريد انه اسقاط
الحق بالكلية وفك الحجر به مطلقا فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سياتي في الكتاب وان اريد انه اسقاط
الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم ان يكون ماذونا في جميعها كما هو
المدعى فان قلت المراد انه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارات والمدعى كونه ماذونا في جميع هذا الجنس لا في جميع انواع
اجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل ان يقول ان اريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع انه لا يتخصص به لكن
اذا اطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان اريد بذلك انه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف
ولا يتوقف تمامه على اول المسألة وهو ان يكون الاذن في نوع من التجارات اذنا في جميعها فيؤدي الى المصادرة على المطلوب فان قلت علل صاحب العناية
قول المصنف رح فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير ان لو اطلق الاذن اولا فتحقق اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق
وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك اذ الكلام فيما اذا قيده اولا فقال اذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك
ان مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لاوله حكم مستقل ولا لآخره الذي هو قيد حكم آخر بل المجموع حكم واحد يتم اوله بآخره فمن اين يلزم التصرف في ملك الغير
تامل جدا ثم قال صاحب العناية ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق اذا اذن للعبد ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه
تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه وكانت الولاية
للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه وكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى بسبب الاذن
ودفعه يتيسر للمولى بنفيه ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون الخز اجيب بانه ضرر غير متحقق
ولكن كان نادرا مع وجود التوكيل به حتى ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله يدفع ذلك

قال ولا يتسرى ... ولا يعتق على مال ... لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع ... [illegible]
... [illegible] قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لان ذلك من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين [illegible]
... [illegible]
... [illegible] قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible] قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى ... [illegible]
... [illegible]

وفي الجامع اذا ثبت بالدليل انه يتصرف بالنيابة والمالكية فليس السؤال عادر والى جنابنا الا منه اقول ان تحامله فى الحجة على الغير ليس بشيء الا لا طائل تحته فان حاصل السؤال انه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد لغيره بما خصه فينبغي ان لا يجوز ولا يخفى ان ثبوت كون العبد متصرفا بالنيابة او المالكية لا يدفع وسعه ذلك اذ لا اشكال ان التصرف بالنيابة والمالكية لا يملك الاضرار بالغير اذ لا اضرار في الاسلام واما ثانيا فلانه يريد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لا محالة اذ لا يلزم ان ينسد باب المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما اقام عليه الخصم الدليل مع انها طريق مقبول لم ينكره احد ولا شك ان السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في اوائل جوابه دون هذا **قوله** وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء اي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضى المولى فان قيل اوجد البيع على قول ابي حنيفة رح وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضى مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضى الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز ان يبيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضى الغرماء كذا في العناية وعامة الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة اقول في الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ للسائل ان يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على اصل ابي حنيفة رح ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم متقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيأتي ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به اصل ابي حنيفة رح وهو ان لا يرى الحجر بسبب الدين واما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم ان ينتقض به اصله كما لا يخفى فتأمل **قوله** الا ان يفديه المولى قال صاحب العناية وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور انتهى اقول فيه بحث لان قوله الا ان يفديه المولى انما يشير الى ان عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على ان اختيار الفداء من الغائب غير متصور واما ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فما الاشارة في قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى او نائبه واما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى او نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما ايضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنيا في المسألة المذكورة فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تينك الصورتين ايضا فمن اين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه في صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به في الشروح حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد انتهى لكن الكلام في حصول الاشارة اليه في قول المصنف الا ان يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر **قوله** وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن قال صاحب العناية قوله وهذا اشارة الى دفع الضرر يعني ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان قضاؤه فلو لم يتعلق برقبته استيفاء لما تضرر لان الكسب قد لا يوجد فيتحقق كذلك ليسوى حقوق الناس وقال ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الاوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله ويجوز ان يكون بيانا الى آخره وان كان اسلوب تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة

قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين لأنه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال فإن حجر عليه لم يصر محجورا عليه حتى يظهر الحجر بين أهل سوقه لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وإن بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد مأذونا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إلى أن يعلم بالعزل وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعا أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه قال ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه لأن الإذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لأنه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال وإذا أبق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى مأذونا لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الإباق حجر دلالة لأنه إنما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الإذن لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر

ومن كون التجارة داخلة تحت الإذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما في حق ضرر الناس فإنهم يتضررون بتوي حقوقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كالغصب وإقرار تزوجها العبد المأذون بغير إذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الإذن أو تجارة غير داخلة تحته كما إذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لا محالة فإن حمل على المعنى الأول لا يتم التقريب وإن حمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لأن المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم إبطال حق المولى من غير رضاه وإذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت إذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبته ومما يقرر المعنى الثاني تقرير صاحب الكافي دليلنا ههنا حيث قال ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لأنه وجب بسبب التجارة وإذنه قد ظهر في حق التجارة فيباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تقرير صاحب الغاية أيضا حيث قال ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك أما وجوبه على العبد فظاهر وأما ظهوره في حق المولى فلأن سبب الدين هو التجارة بإذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لا محالة وإذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك بخلاف ما إذا أقر المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم إذنه انتهى كلامه ثم إن بعض الفضلاء قال ههنا ولعل الأولى أن يكون قول المصنف رح وهذا إشارة إلى تعلق الدين برقبته انتهى وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أي كون دين التجارة متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة وهي أي التجارة داخلة تحت الإذن انتهى أقول هذا الاحتمال ليس بشيء لأن تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لزفر رح والشافعي رح ولو كفى في إثبات ذلك قوله لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفى أن العمدة في إثبات مطلوبنا هنا إنما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج إلى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف رح أيضا بقوله فيتعلق برقبته فالوجه أن يكون كلمة هذا في قوله وهذا إشارة إلى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله ظاهر بالتأمل الصادق **قوله** ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به قال صاحب العناية في شرح هذا المقام إذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وإن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء فإن بقي عليه شيء من ديونه أي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة انتهى كلامه أقول في تقريره خلل فإن ذكر قوله فإن بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التفريع بعد أن قال وإن لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لأنه إذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه عليه فما معنى الشرطية فكان حق التحرير أن يقول فالباقي عليه شيء من ديونه طولب به بعد الحرية فأما في وضعه إذ لا تعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون بل إنما ذكر مجرد تقسيمه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التفريع كما لا يخفى **قوله** لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ وكان ككسب غير متبرع انتهى أقول مدخل بحق المقام ما زاده فإن التشبيه بكسب غير متبرع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصا بما يقبله من المتبرع مع أنه يتم في تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة بجريانه في الصورتين معا بلا تفاوت كيف ولو كان مختصا بالصورة الثانية لبقيت المسألة الأولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل مع كونها أهم في المقام **قوله** بخلاف ابتداء الإذن لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها أقول لقائل أن يقول إنه لم يكن الدلالة لا اعتبار بها عند وجود التصريح بخلافها فما ينبغي أن لا يصير الآبق محجورا في البقاء

قال وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافاً لزفر وهو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء إذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم

قال وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما أيضاً والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد **قال** وإذا حجر على المأذون فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة رحمه الله ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز إقراره لهما أن المصحح لإقراره إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكماً فلا تبطل بإقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فلهذا لم يكن خصماً فيما باشره قبل البيع

ايضا اذ قد وجد الصريح بالاذن من المولى بالابتداء وكانت دلالة الاباق على الحجر في البقاء مخالفة لها فكان الصريح ينبغي ان لا يعتبر ثم اقول يمكن ان يجاب بان وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالمعلوم قطعا انما هو وجوده في الابتداء واما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذا لا تكون دافعة لا مثبتة فيجوز ان ترجح الدلالة عليها فمن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل **قوله** لهما ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في وديعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة تاجرا كان العبد او محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما اودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح والقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي ان يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فعلم بهذا ان ليده اعتبارا وان كان محجورا قلت ليس على هذا ما ذكره الامام الاسروشني في وديعة احكام الصغار في تعليل هذه المسألة فقال لان العبد آدمي له يد حكمية فلا يكون لمولاه ان يأخذه من المودع الا بحضرة العبد قلت تلك المسألة مأولة وذكر تأويلها في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد واما اذا علم انه كسبه فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم انها كسب العبد ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان يأخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اقتفى اثره صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة اخرى اخصر من الاولى اقول ذاك الجواب لا يسمن ولا يغني من جوع فان تأويل تلك المسألة بما ذكر مع كونه مما يأباه قطعا ما ذكره الامام الاسروشني في وديعة احكام الصغار في تعليل تلك المسألة بما مر في آخر السؤال لا يجدي نفعا في دفع الاشكال الناشئ من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التأويل ان في صورة ان لا يعلم المودع ان الوديعة التي اودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد او مال مولاه ليس للمولى ان يأخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق ان يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية وما لم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الامامين في مسألتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز ان يكون المراد بقولهما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة ان يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسألتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفي في اثبات مدعاهما ههنا لانا نقول هذا القدر من الكلية ايضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسألتنا هذه اقراره بعد الحجر بان ما في يده امانة لغيره ففي هذه الصورة اذا لم يعلم ان ما في يده كسبه او مال مولاه فلا جرم يكون يده اذ ذاك معتبرة على مقتضى ما مر من مسألة المبسوط وتقرر بعد تأويلها ومن تلك الصور ايضا اقراره بعد الحجر بان ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصورة ايضا اذا لم يعلم انه كسبه او مال مولاه يكون يده معتبرة على مقتضى ذلك ان لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بان لم يزل اسمه وعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيجيء في كتاب الغصب فلا يتصور ان يكون من كسب ذي اليد تدبر تفهم **قوله** فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك قال في العناية يعني به الاذن فانه ثبت للعبد بحكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك انتهى وعلى هذا المعنى استخرج سائر الشراح ايضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال اي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم انه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن انتهى اقول فيه نظر لان عدم بقاء الاذن متحقق فيما نحن فيه ايضا وهو ما اذا حجر المولى على المأذون له بدون ان يبيعه والمصنف رح ههنا بصدد الفرق من قبل ابي حنيفة رح بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان لذكر هذه المقدمة اعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة ههنا اصلا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم

قال وإن أحاطت الديون بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق
وعليه قيمته لأنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا يملك إعتاقه ووطي الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لأنه يثبت
الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته أما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه
عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته وإذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء
لتعلق حقهم به **قال** وإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا أما عندهما فظاهر وكذا عنده لأنه لا يعرى عن قليل دين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود
من الإذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه **قال** وإن باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه
وإن باعه بنقصان لم يجز لأنه متهم في حقه بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رح لأنه لا تهمة فيه

ان يكون علته المذكور لبيان من الكلام لا ينبغي ذلك لمثل المصنف رح والوجه عندي ان يكون مراده بالمثبت بحكم الملك في قوله المذكور يده الحكمية كما يدل المناسبة لقوله فيما قبل و اليد باقية حقيقة وشرط ابطالها بالحجر حكما فراغها عن حاجته ولما كان تبدل الملك فيما اذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق المثبت بحكم الملك الاول من يده الحكمية بخلاف ما نحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكما مالم تفرغ عن حاجته وهذا المعنى لظهور فائدة التنبيه للمقدمة جاء انطباق كلامه الكل في التفصيل **قوله** واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الى آخره قال في العناية اذا لزم ديون فلا يخلو اما ان تحيط بماله ورقبته او لا تحيط بشيء من ذلك او تحيط بماله دون رقبته فالاول كما اذا اذن لعبده فاشترى عبدا يساوي الفا والمأذون ايضا يساوي الفا وعليه الفا درهم والثاني ان يكون عليه خمسمائة درهم والثالث ان يكون عليه الف درهم انتهى اقول لقائل ان يقول هذه القسمة ليست بحاصرة اذ هنا احتمال قسم رابع وهو ان تحيط دون ماله على عكس القسم الثالث فالجواب انه قد تقرر فيما مر انه يبدأ بكسب المأذون الديون في الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم منه ان تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع ان تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي هو كسبه فكانت الاقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلاثة فيما اذا لزمته ديون ولم يلتفت الى قسم آخر هو احتمال عقلي محض لا تحقق له في الشرع **قوله** وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا الظاهر ان مراده اذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه في قولهم جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتبرة الا انه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ما ذكرناه آنفا من ان تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته فاذا لم يحط الديون بماله تعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثاني بعد ذكر الاول وما وقع في عامة الكتب فمن قبيل التصريح بما علم التزاما بمجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذي ذكره المصنف رح ههنا هو حكم القسم الثاني من الاقسام الثلاثة المار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته واما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط يعني هذا الكتاب قال صاحب العناية واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير ان العتق فيه جائز انتهى واراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال في بيوع الجامع الصغير محمد رح عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل اذن لعبده في التجارة فاشترى عبدا يساوي الفا وهو يساوي الفا وعلى الاول الف درهم دين فاعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز وان كان الدين الفي درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه وقال ابو يوسف رح ومحمد رح عتقه جائز في الوجهين جميعا انتهى اقول في جواز عتقه عند ابي حنيفة رح في الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين في بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لاثبات مذهبه في القسم الخلافي الذي ذكره في الكتاب اولا وفي الجامع الصغير ثانيا فان حاصل ذلك الدليل ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذي احاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا يخفى ان جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا احاط الديون بكسبه دون رقبته فينبغي ان لا يجوز اعتاقه فيه ايضا **قوله** واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين اقول في هذا التعليل شيء وهو ان الظاهر ان جواب هذه المسئلة باتفاق اصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب وقد صرح به في غاية البيان حيث قال اعلم ان العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق اصحابنا جميعا انتهى وكونه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على اصل ابي يوسف رح ومحمد رح لانهما قد صرحا في المسئلة الاولى ان المولى يملك ما في يد العبد المأذون ولو احاط ديونه بماله ورقبته ولهذا لو اعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بان المولى كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على اصلهما حتى يمشي التعليل المذكور على قولهم جميعا فلمتأمل في التوجيه

بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به

قوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف انتهى ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو انتهى اقول بل قوله لانه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رح على ان يكون معنى الكلام وهاتان المسئلتان اعني قول القدوري واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملابستان بخلاف ما اذا حابى الاجنبي وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المرتب اي المسئلة الثانية ملابسة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لان كلتا المسئلتين ملابستان بخلاف الخلافين فاذن تحقق المعطوف عليه واستقام المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيها آخر اشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق باول المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف انتهى والعجب ان صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه اولا من التوجيه الصحيح ان الظاهر انه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بانه معطوف بلا معطوف عليه بدون ان يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية ثم في توجيهه محل تدبر ولكن لا يخفى ايضا انه ليس باسد ما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو وجملته متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد اخره الى ما ذكره كما سيأتي نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي اي انه يجوز في كل حال يعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة بيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة رح في كل حال من هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو انتهى كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا ايضا حيث قال بعد نقله ايضا عنه قلت ذلك اوجه من حيث اللفظ الاقرب ولكن في المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض عن وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب انتهى اقول ليس هذا ايضا بوارد لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم منه جواز بيعه بمثل القيمة غير ان الاول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لانه اذا جاز المحاباة معه فلان جاز البيع منه بمثل القيمة اولى كما لا يخفى ومن هذا قال صاحب النهاية في تفسير قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي اي انه يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة فاذن تحقق المناسبة بين بيع العبد من الاجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الاول دون الثاني مع ان في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الى الجواب عنها بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق الورثة تعلق بعينه يعني انه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة وقد سلك ههنا ايضا مسلك الدلالة فالحاصل ان ترك الواو من حيث المعنى على ان يحمل قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي ان يلحق بالمسئلة بلا واو لانه اول مسئلة يورد نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باع من المولى بنقصان لم يجز وبيع الاجنبي جائز وانما ادخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان قوله لانه اول مسئلة يورد نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز وبيع الاجنبي جائز كلام خال عن التحصيل لان مسئلة الكتاب ههنا اثنتان احداهما قوله واذا باع من

لان البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة

بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة

من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وعنده

شيئا بمثل قيمته جاز وآخرها قوله وان باعه بنقصان لم يجز فكما ان قوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم تناقض المسئلة
بيع المريض الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لدفع توهم تناقض المسئلة الاخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الاجنبي وكما ان قوله
بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيئا بنقصان وبين ما اذا باعه من الاجنبي بنقصان كذلك قوله بخلاف ما اذا باع
المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيئا بمثل قيمته وبين ما اذا باع المريض من وارثه بمثل قيمته فان اراد الشارح
بقوله المذكوران الاولى من المسئلتين المذكورتين مسئلة الكتاب اي مختصر القدوري وان الاخرى منها فليس بصحيح اذ كلتاهما مسئلتان مذكورتان
معا في مختصر القدوري وان اراد بذلك انهما وان كانتا معا مسئلتي الكتاب الا ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض الى آخره لدفع توهم الانتقاض دون
قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي فانه لبيان الفرق فليس بصحيح ايضا الا ان دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق فقصد احدهما يستلزم قصد الآخر على انه لا تأثير
لهذا المعنى في اتيان المسئلة بالواو وبدونها كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت ما ادعاه من ان الواو ... حيث ان ما اذا باع المريض متعلق باولى مسئلتي الكتاب وقوله بخلاف
ما اذا حابى الاجنبي متعلق باخريهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالاولى قلنا قد تقرر في علم الادب ان الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيها فيجوز لما لا يقتضي التأخر في
الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في اتيان الواو ههنا اصلا واما ثانيا فلان قوله وانما ادخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل
الواو لدفع هذا التوهم ليس بتام ايضا لانه ان كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغي ان يؤتى
بالمسئلة بلا واو لانه اول مسئلة يورد نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا له فكيف يصح ادخاله اذ العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم
وان لم يكن الواو للعطف فمن اين يندفع ذلك التوهم ثم قال صاحب العناية والظاهر عدم الواو لجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقديره كلامه
بكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق
بقية الورثة تعلق بعينه اي بعين مال الميت حتى لو كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع
من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى آخره انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناءه
على حمل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا اقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل ثم ان في
تقريره خللا آخر فانه قال في تفسير قول المصنف فافترقا اي المولى والمريض وكان الصواب ان يقول اي العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل والعجب انه قال بعد
ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤول المعنى على هذا الى ان يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه قوله

وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري قال الشراح انما قيد سبب ضمان
كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغييب لم يكتف بمجرد البيع والشراء لان الضمان انما يجب بما يحصل به تغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه
او يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء انتهى اقول لقائل ان يقول فاذن ينبغي ان يكون الضمان في هذه المسئلة على المشتري
فقط فان تغييب العبد الذي فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولولا التغييب لامكن لهم ان يردوا البيع فيستسعوا العبد او يبيعونه فالضمان حينئذ على احد كما سيجيء
في المسئلة الآتية فان قلت تغييب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع الا ان في البائع ايضا سببية له اذ لولا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري قلت نعم الا ان
سببيته لذلك بعيدة حيث تعترض بينهما مباشرة ... ان الحكم يضاف الى اقرب الاسباب فتأمل ثم ان صاحب العناية قال ولكن يبقى شيء وهو انه ان كان في بيع العبد

[illegible]

والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع حق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا انتهى كلامه اقول لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه اصلا لان وضعها فيما اذا كان ثمن العبد اقل من قيمته واما اذا كان ثمنه اكثر من قيمته او مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلاثة المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم اذ ذاك اجازة البيع واخذ الثمن لعدم الفائدة في التعيين وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال هذا الخيار اذا كان الثمن اقل من القيمة اما اذا كان اكثر او مساويا فلا خيار لهم ومنهم صاحب العناية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان ان لفظ محمد في الجامع الصغير هذا اذا باعه باقل من قيمته فاما اذا باعه بمثل قيمته او باكثر من قيمته وقبض ووفى فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم انتهى فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به اقل من قيمته لم يتجه ان يقال ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه باقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا ثم اقول في الجواب المذكور نظر لان حاصله ان سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيعه العبد فيقتضي هذا ان يجب على المولى ضمان الديون بتمامها دون مقدار قيمة العبد فقط لانه كان لهم ان يستسعوا العبد في جميع ديونهم لا في مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي ان يضمن البائع والمشتري جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به احد فانما الذي قالوا به ان يجب عليه ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر قوله

قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال صاحب النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وهكذا في الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة لكن الثمن اذا كان لا يفي بديونهم كان لهم ان يردوا البيع لفوات حقهم في الاستيفاء فيما بقي من ديونهم على العبد وما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل ان لا يفي الثمن بديونهم وان لم يكن في البيع محاباة فيبقى لهم ولاية الرد لاستيفاء باقي الديون منه الا ان يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء باخذهم الثمن فانهم لما اخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتهض ذلك اللفظ ايضا بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه وكان المعقول ما ذكره الامام قاضي خان في جامعه بقوله وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى ان يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان ينقضوا البيع وان كان بالثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته واما صاحب العناية فقد اختار طريق الاجمال واورد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان لا يصل اليهم الثمن والمحاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه اقول وفي الجواب المذكور نظر آخر وهو انه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم اليهم لم يفد شيئا في نفي ردهم البيع كما تبين في السؤال بل كان حق التعليل حينئذ ان يقال لرضاهم بسقوط حقهم واقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذي اورده صاحب العناية بان فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي ان لهم ان يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد ان لا محاباة في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى بها بل نرد البيع فيبقى العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانه لا يتمشى فيه ذلك العذر فتدبر ثم قال صاحب العناية

قال ومن قدم مصراً فقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل

فصل واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون والياً للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة هاهنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات

وعلى الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قولهم والثاني ناقص بحل فانه انما يكون ناقصاً اذا لم يف بالديون انتهى اقول وفيه نظر اما اولا فلانه لو كان معنى قولهم ولا محاباة في البيع ان الثمن يفي بديونهم لذهب فائدة قوله اذا لم يعجل البيع الثمن في قوله وثانيهما اذا لم يعجل البيع الثمن اذ لا شك ان الثمن اذا كان يفي بديونهم لم يكن لهم ان يردوا البيع سواء عجل البيع الثمن او لم يعجل اذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستبدال بتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا يتصور فائدة في الرد فلا يثبت لهم الخيرة واما ثانياً فلان معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بديونهم ولا اخص منه احدهما لا يستلزم الآخر اصلاً لجواز ان تنتفي المحاباة في البيع ولا يفي الثمن بديونهم ولجواز ان يفي الثمن بديونهم ولا تنتفي المحاباة فلم يصح ان يكون معنى قوله ولا محاباة في البيع ان الثمن يفي بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز والكناية لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما **قوله** ومن قدم مصراً وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز قال في النهاية اي فتصرفه دليل على انه مأذون في التجارة وقال الاتقاني وذكر جواب الاستحسان واما جواب القياس فان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخبر انه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثاني اخبر انه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصح صحيحه واما وجه الاستحسان فما ذكره في الكتاب انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في شرح هذا المقام اثر ذلك اقول تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن قبح الاختلال فان قولهما في تقرير وجه القياس والثاني اخبر انه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمش في احد شقي هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذ لا اخبار من العبد في هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها ولا يحمل الاخبار في قولهما والثاني اخبر انه مأذون في التجارة اعم من الاخبار الحقيقي والحكمي حتى دخل في ذلك الشق اخبار حكمي عن كونه مأذوناً وهو تصرفه تصرف المأذون فتحمل جداً كما لا يخفى فالاولى هاهنا تحرير صاحب الكافي فانه حمل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحساناً عدلاً كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه السلام البينة على المدعي وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك القياس به النظر ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل ان ما ضاق على الناس امره اتسع حكمه ثمت البينة سقطت تضمينه وثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء والقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه مأذون لان امور المسلمين محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعاً للحرج عن الناس والقياس ان يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل الا ان في الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزيلعي في شرح الكنز **قوله** الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه اقول لقائل ان يقول ان اراد بقوله لانها خالص حق المولى انه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر ان حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم ان يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا ان يفدي المولى ديونهم وان اراد به ذلك انه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على ان لا يقبل قوله في الرقبة اصلاً لانه لا يمنع ان يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ولزومه كل شيء من التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتأمل والاظهر في تعليل عدم قبول قوله في الرقبة اي في حق بيع الرقبة ان يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن المدبر وام الولد وعليهما الدين لا يباعان وهما مأذون لهما كما ذكر في النهاية وغيرها

فصل لما فرغ عن بيان احكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان احكام اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه **قوله** واذا اذن

والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظراً الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلاً له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفاً منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالباً للملك جالباً للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبداً كان او صبياً فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذوناً بالسكوت كما في العبد

ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه أقول كان الظاهر ان يقول في جواب المسألة فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر اسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرها ايضاً عندنا وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من اصول اسباب التجارات الا انه آثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كونه لا يلائم ما قبله [illegible] تمام الارتباط في عبارة مختصر القدوري ثم ان كلام المصنف ههنا من جهة اخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع والشراء [illegible] ذكره في الهداية [illegible] في غاية المحقق ان يعقل البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون فان المعتبر في باب التجارة لطلب الربح لا بد من ان يعقل الشراء ايضاً بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما مر جوابه **قوله** والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظراً الى اذن الولي هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان حجره لصباه فيبقى ببقاء الصبا تقريره ان الصبي سبب الحجر لعدم هداية الصبي في امور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يستدل بها على ثبوت هدايته في امور التجارة اذ لو لم يكن هادياً فيها لما اذن له الولي فينفذ تصرفه كما لو اذن المولى العبد كذا في الشروح أقول يرد على ظاهر هذا الجواب ان يقال لو كان الامر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذا علم هدايته في امور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم اذ ذاك ايضاً بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع ان المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي اصلاً فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما فتأمل **قوله** وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال قال صاحب العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق للولي ولاية وتقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبي من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين اي بمباشرته ومباشرة وليه لو باشر بنفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك انتهى كلامه أقول في تقريره شيء اما اولاً فلان قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرر فان تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولي ايضاً وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ باذن الولي ايضاً وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه ان يقال بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظر له واما ثانياً فلان مقتضى تقريره المزبور ان يكون قول المصنف رحمه الله واحتمال تبدل الحال معطوفاً على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقديره وليس كذلك فانه معطوف على قوله استيفاء المصلحة بطريقين داخل معه في حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك ان تدارك احتمال تبدل الحال ايضاً نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلاً ثم اعلم ان قول المصنف رحمه الله وبقاء ولايته الى آخره يحتمل الوجهين احدهما ان يكون جواباً عن قول الشافعي رحمه الله ولانه مولى عليه الى آخره وثانيهما ان يكون جواباً عن سؤال مقدر وهو ان يقال لو صار الصبي ولياً للتصرف باذن وليه لكان ينبغي ان لا يبقى وليه ولياً في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليك الاختيار ثم الاختيار **قوله** والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه اي في حق الصبي اراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها أقول لقائل ان يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت احكام العبد برمته في حقه ان كان التشبيه على العموم او حمل على الاطلاق والا فلا [illegible] المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فان [illegible] المأذون [illegible] ممنوع [illegible] قال صاحب النهاية فان قلت كيف

ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزوجه ولا كتابته كما في العبد
والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو ان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون
اذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين
احدهما ان ما ذكره من المحجورية هو في انحجار المولى وعدم انحجار الولي في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف يتعلق بماله وتصرف الصبي في ماله لا يرد نقضا لانه في
التصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب او الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين او لا لان دين الصبي في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف
دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه فيصير المولى من التصرف كاجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقا انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال مع
وجهي الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال اقول الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف في مال العبد
المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعميم
قول المصنف ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير
وقال بعض الفضلاء لعل حاصل الجواب الثاني منع دلالة كلام المصنف على العموم اقول ليس بشيء اما اولا فلان دلالة كلام المصنف رحمه وهو قوله انما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في
حقه على العموم ظاهر لا يقبل المنع لان كلمة ما من الفاظ العموم على ما تقرر في علم الاصول وقد تأكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام
ايضا من الفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرر ايضا في علم الاصول واما ثانيا فلانه لا دلالة في الجواب الثاني اصلا على منع
دلالة كلام المصنف رحمه على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار الولي
عن التصرف في مال الصبي فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه اصلا **قوله** ويصح اقراره بما في يده من كسبه اورد عليه بان الولاية
المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي واجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بان الولي انما
لا يملك ذلك لانه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة
وشهادة الفرد لا يكون حجة واما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجارة مما لا يتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا ان اقراره
لا يصح يتحرزون عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من ان يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره اقول هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان حاصله
بيان علة عدم صحة اقرار الولي على مال الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الايراد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة
فكيف تتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع
التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها انتهى اقول هذا الجواب ايضا غير مستقيم لانه ان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فيما يعم
نفس التجارة وتوابعها التي من جملتها اقراره على مال الصبي فممنوع اذ لا شك ان اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح
اصلا فاني يملكه الولي وان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها اقرار الصبي على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فمسلم
ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السؤال المذكور لان اللازم منه ان يملك الولي الاذن للصبي بالاقرار فلا كلام فيه وانما الكلام في ان يملك الصبي الاقرار
على نفسه باذن الولي ولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فلم تكن له
ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف يتعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى ان حديث ان يملك الولي الاذن للتجارة وتوابعها

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير

في اثناء الجواب عن هذا الاشكال المصير لشواس الكلام ثم اقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية حقيقية اذ قد تقرر فيما مر ان الصبي يتصرف بالبينة والصبي ليس بسبب الحجر لذاته بل لعدم هداية واذن الولي انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه الا انه يكتسب الولاية من اذنه الا ان الصبي لما كان من اسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي اصلا لما هو ضار محض واهل لما هو نافع محض قبل الاذن وبعده واهل لما هو دائر بين النفع والضرر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دائرا بين النفع والضرر لا يقبل اقراره ويحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فاهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولاية حليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فان هذا توجيه حسن وجيه شاف يحسم به مادة الاشكال بالكلية

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة مآلا حتى ان اقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكن الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب الا كارقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبته ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه وهذا غصب ليس بمشروع كذا في النهاية والعناية اقول في الوجه الاول بحث من وجهين احدهما ان كون الغصب من انواع التجارة مآلا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قطعا بل هو فك الحجر واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني ان مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر انواع التجارة ايضا فينتقض ذلك الوجه بها طردا ويمكن ان يجاب عن كل منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال هب ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا انه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه ايضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة واما عن الثاني فبان يدعى عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال ان امثال الوجوه مصححات لا مرجحات البتة فلا ضير في تحققها في غير ما سبقت له ايضا ثم ان الاظهر في وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندي ان المأذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف لا باذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة الا انه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع انتهى واعلم ان محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات والديانات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان الحكم المترتب عليه لانه ليس في الغصب شيء من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف كذا في النهاية وغيرها قوله وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده اقول لا بد من ان يزاد على هذا التعريف قيد ان تعدهما قيد او تقصير يده بان يقال على وجه يزيل يده او تقصير يده لئلا يخرج عن تعريف الغصب في الشرع ما اخذه الغاصب من يد غير المالك كما اذا اخذه من يد المستأجر او من يد المرتهن او من يد المودع فان الغاصب في هذه الصورة لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا انه قصر يده عن ماله في تلك الصورة ايضا ومن هذا قال الامام الزاهدي الغصب شرعا اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده او تقصير يده ان لم يكن

على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل

في يده انتهى وكذا قال في الكافي ايضا وثانيهما تقييده على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لئلا يدخل في تعريف الغصب تعريف السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان الغصب على سبيل المجاهرة والسرقة على سبيل الخفية والا يستمر الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شرعية في الكتاب ثم اعلم ان صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوقاية ثم لا بد ان يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية ليخرج السرقة انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت اليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا ان في السرقة خصوصية بها كانت من جملة اسباب الحد فخرج مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ان فيه من خصوصية بها صارت من مسائله ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور اذ لا منع لشيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة او لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها ان تكون على سبيل الخفية كما تقرر في كتابها ولا اشكال ان قيد او لا على سبيل المجاهرة او سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لان يكون حدا للغصب في الشرع والا لزم ان تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لا محالة للقطع بتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع مطلقا قوله وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كما لا يخفى والثاني ان قوله كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعا وانما الذي يصير غصبا اخذ المشتري من يد الفضولي بغير اذن المالك وهو ليس من جزئيا وليس بمذكور في كتاب البيوع اصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث ان قوله كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح ان ما كان غير محرز كيف يتصور اخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال صاحب النهاية في فصل الحرز والاخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق بدونه انتهى ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قوله بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم نقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ ملكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك اصلا صرح في البدائع انتهى اقول وفيه ايضا خلل لان الوقف في الشرع عند ابي حنيفة رح حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته على العباد وهذا كله مما تقرر في اول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك اصلا ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضمونا لا يقتضي كونه مغصوبا غصبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره ايضا بنوع من التعدي والجناية الا يرى ان زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا لعدم تحقق ازالة اليد المالك عنها بناء على ان يد المالك ما كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي امانة في يد الغاصب ان هلكت لا يضمنها عندنا كما صرح به في الكتاب مع انه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرح به ايضا كما سيأتي في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبد رجل خطأ في يده مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع ان ذلك ليس بغصب في الشرع عند احد بالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان

حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده
ولا اثم لان الخطأ موضوع **قال** ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت
بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس
والمالية فكان ادفع للضرر **قال** فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح
يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رح ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة
بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر
الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء

بالاتلاف كما نصوا عليه فمن اين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في الصورة المذكورة حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشائخ في تعريف الغصب فيحتاج الى التوجيه
قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه من ضرورته ازالة يد المالك حتى تحقق الغصب
بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال وما بقي اثر فعله تحت يده فلم توجد ازالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال
ابن العز في كلام المصنف رح ههنا مواخذة لفظية وهي في قوله حمل الدابة يعني الحمل عليها وحقه ان يقول وتحميل الدابة لان الحمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى
بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا ان يضعف
الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فحينئذ تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية انتهى
كلامه اقول هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي حس بهذا فغير عبارة المصنف رح ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن
توجيه كلام المصنف رح ههنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي اختار مواظبتها حيث قال والاصل ان يقال بالمواظبة عليها اي
على العبادة الا انه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال انتهى وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر والصواب المواظبة
عليها انتهى تامل **قوله** ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان اقول انما يتم هذا اذا هلك المغصوب في يد الغاصب واما اذا كان قائما في
يده فحكمه رد العين كما سياتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك الا ان يبنى كلامه ههنا على ما قيل ان الموجب
الاصلي للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره لكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف رح فيما بعد وصرح به في الشرح ثم تخفيف يليق
بمثل المصنف رح بناء كلامه على ذلك **قوله** ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا
ومالية الحنطة الرديئة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية انتهى اقول ظاهر ان المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجودة
ساقطة العبرة في الاموال الربوية دفع ورود سؤال على ان يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية ايضا بتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن
اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانه ان اريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الاموال المزبورة انه لا تفاوت بين جيدها ورديها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة
بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان اريد بذلك انه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم
جيدها ورديها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السؤال المتجه على قول المصنف رح ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بان مراعاة المالية في ايجاب المثل غير مسلم لتحقق التفاوت
بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف
الجودة والرداءة عند اهل الشرع لا يدفع ورود ذلك السؤال ههنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتهما في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف ايضا فتامل
تفقه **قوله** لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب قال صاحب النهاية فان قلت لم قدم قول ابي يوسف
في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل ان يكون ذلك لوجهين احدهما ان يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لان المغصوب
دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك
الاقوال فان اول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يتات الا بتقديم قول
ابي يوسف رح ثم بقول محمد رح ثم بقول ابي حنيفة رحمه الله انتهى كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية ايضا وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية

بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

ايضا ولكن بطريق النقل تفصيل اقول كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه اما الوجه الاول فلان ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل ابي يوسف رح لان المغصوب الشيء انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع كما افصح عنه المصنف رح في ذكر دليل محمد رح فمن اين يجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تاخير دليله اذ من عادة المصنف رح المستمرة ان يؤخر القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في الاكثر عند نقل اصل الاقوال وهذا مما لا يستتر على من له قدم راسخ في معرفة اساليب كلام المصنف رح واما الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به غرض اصلا فتعبير المصنف رح اسلوبه المقرر لمجرد ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشانه الرفيع فالتوجيه عندي ان المصنف رح جرى ههنا ايضا على عادته المقررة من تاخير الاقوى فان الاقوى عنده عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتاخر للمتقدم كما حصل ههنا ايضا ذلك على ما يشهد به التامل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية اقول قول ابي يوسف رح اعدل لانه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها في المعدوم هذا متعذر او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وايضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وايضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن ان يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره ابو بكر البلخي وهو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح اقول لا يمكن رد هذا الجواب بانه يجوز ان يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقا وكانه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر يعني انه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت ايضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار التقويم هو السوق الذي يباع فيها الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا مراده بما يقال شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في سوق الذي يباع فيه فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره ابو بكر البلخي في حد الانقطاع كما لا يخفى **قوله** بخلاف ما لا مثل له لانه يطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك اقول فيه اشكال لان هذا لا يتم على ما سيجيء عن قريب من ان الموجب الاصلي في الغصب على ما قالوا هو رد العين لانه الواجب وانما رد القيمة مخلص خلفا فلا يطالب باصل السبب حينئذ فيما لا مثل له ايضا انما هو رد العين لان الواجب الاصلي ذلك وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي ان يعتبر قيمته وقت الهلاك لا وقت وجود اصل السبب وهو الغصب الا يرى ان الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد رح فيعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند ابي حنيفة رح فيعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده لا يعتبر قيمته وقت وجود اصل السبب عند احد منهم وبالجملة الفرق بين ما لا مثل له وبين ما له مثل على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح بان القيمة تعتبر في الاول عند وجود اصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصلي في الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجيء واما على ما قيل ان الموجب الاصلي فيه هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ايضا فلا يتم دليل ابي حنيفة رح والدليل محمد رح راسا اذ في كل منهما تصريح بان الموجب الاصلي في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بامر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على كل حال **قوله** وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة يعني معنى قول القدوري في مختصره وما لا مثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية اخذا من النهاية وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى وكذلك العدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب انتهى اقول هذا الذي ذكره تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان اراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه لا يضمن بمثله من جنسه فمنافيه تعليلا بقوله لان الذي

اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها او تقوم بينة ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة **قال** والغصب فيما ينقل ويحول

لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه ايضا بالاولوية فلا يكون له مثل اصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور ان يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان اراد بذلك ما لا مثل من جنسه ولكن الغصب بمثله من جنسه بل يغصب بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فعلى تقدير ان يكون هذا معنى قول القدوري ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته اي يضمن بقيمته فيشبه جواب المسئلة بمفهوم الطعام لكونه معلوما بصدر المسئلة وبالجملة تفسير ما لا مثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحبا النهاية والعناية وكذا تفسير ما له مثل في المسئلة الاولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا يقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الاولى اذا ومن غصب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ومن غصب شيئا يضمن بمثله في الغصب فهلكت في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك والذي عندي هو الحق عندي ان المراد بما له مثل في المسئلة الاولى ما له مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي لا ينصرف اليه المثل عند الاطلاق وبما لا مثل له في هذه المسئلة ما لا مثل له صورة ومعنى وان كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد افصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل ان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والظاهر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لانه خلف عن المثل الكامل انتهى فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم الكلام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس فى ذلك لما تلونا ولنا ما روي عن شريح من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص انتهى اقول يرد عليه انه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسئلة الاولى وهو الذي اشار اليه في الكافي بقوله لما تلونا فتدبر **قوله** اما العددي المتقارب فهو كالمكيل قال في النهاية وانما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقمة والطست انتهى اقول لقائل ان يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر ايضا حيث قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس واورد عليه صاحب العناية آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقيل وليس بواضح لان من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له فيجب القيمة انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بان الظاهر ان مراد المصنف رحمه الله بالمكيل في قوله اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعد وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع الكيل في تحقق المماثلة في المكيل كما تقرر في باب الربوا من البيوع **قوله** والغصب فيما ينقل ويحول اي الغصب يتحقق فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول بدون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصلي بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور اعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما اشار اليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك اي تحقق الغصب في المنقول دون غيره واشار اليه صاحب النهاية ايضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل اشار اليه المصنف رحمه الله حيث قال في تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في ان اداة القصر في التركيب المزبور ماذا فلعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه

لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول
أبي يوسف الأول وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول
وجحود الوديعة ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي
وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسألة الجحود ممنوعة ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله أو سكناه ضمنه
في قولهم جميعا لأنه إتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك
والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان لأنه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق
بالفضل قال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق بالفضل وسنذكره من الجانبين قال وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه

على المسند كما صرح به في علم الأدب وشاع وهو بحر التوكل على الله والكرم في العرب والإمام من قريش. قوله لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل. لقائل أن يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام، وبعد ذكر التفصيل الآتي هناك يستغنى عن ذكر هذا الدليل ههنا فالأحسن أن يكتفي بما سيأتي في تعليل جواب مسألة غصب العقار المتفرعة على الأصل المذكور ههنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه ههنا فإن الخلاف المذكور هناك متحقق ههنا أيضا لا محالة. قوله وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه. أقول كان اللائق بالمصنف رحمه الله أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله وإذا غصب عقارا إلى آخره لأن هذه المسألة متفرعة على ما سبق من الأصل فينبغي أن يظهر علامة التفرع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكر كلمة الفاء عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه وشرط عند أبي حنيفة رحمه الله كون المأخوذ منقولا وهو قول أبي يوسف رحمه الله الآخر حتى إن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله الآخر لا ينعقد موجبا للضمان انتهى، والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فغيرها المصنف رحمه الله بالواو في البداية والهداية. ثم أقول المراد بالغصب في قوله إذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه أن يقال قد تقرر فيما مر أن حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار بهلاكه في يد الغاصب لأن الضمان إنما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والمتحقق ههنا هو الثاني دون الأول فلا منافاة. وقال بعض الفضلاء إطلاق لفظ الغصب ههنا مجاز على سبيل المشاكلة انتهى. أقول فيه أن المصير إلى المجاز إنما هو عند تعذر الحقيقة وههنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا يصار إلى المجاز، اللهم إلا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر إلى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر إلى الوضع اللغوي، ولكن حق الأداء يأباه ههنا كما لا يخفى. وقال صاحب غاية البيان وقد اختلف عبارات مشايخنا في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان وإليه مال القدوري في قوله إذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأنه أثبت الغصب ونفى الضمان، وقال بعضهم لا يتحقق أصلا وإليه مال أكثر المشايخ انتهى كلامه. أقول فيه نظر لأنه إن أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا نسلم ذلك إذ لم يقل أحد إن الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف ولو قاله لم يصح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فإن وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد، وإنما المراد بالغصب في عبارة من أطلق الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه، وإن أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضا فلا نسلم أن أحدا قال إن الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لأن الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار إذ لم يعتبر فيه إزالة يد المالك أصلا فضلا عن إزالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الغصب الشرعي عندهما في العقار على ما ستعرفه فلا يصدر ممن له أدنى تمييز إنكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشايخنا أولي الأيدي والأبصار. قوله ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار. قال صاحب النهاية في حل هذا المحل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بسبب فعل في المحل وهذا المجموع لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه أي إخراج المالك عنها أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار وهو أي الإخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى إزالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه انتهى. أقول في تقريره قصور أما أولا فلأنه حمل الباء في قول المصنف رحمه الله بإزالة يد المالك على السببية وليس بواضح إذ على تقدير تحقق السببية بين إثبات يد الغاصب وبين إزالة يد المالك يكون الأول وجوديا وأصلا صادرا من الغاصب والثاني أمرا عدميا متفرعا على الأول أيضا، ولو كان الباء المذكورة للسببية كان معنى كلام المصنف رحمه الله ولهما أن الغصب إثبات اليد المسبب عن إزالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب

في اكثر نسخ المختصر او هو حذف الغصب المنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لانه يدخل في ضمانه العين بالنقل وهو السبب عندهم وعن
رحمه الله ثم يجب قيمته لو تغير بعد ذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب واخذه ثم يرجع
ويضمن نقصان جميع اجزائه ان كان المستكره عادة عوضه كما لو هدمه والثاني المغير لا يضمن لاجل النقصان الا ما نقص بالعمل كما اذا كان المنقول في يده
ملك ارضه لانه من السراية الى الملك لا محال حيث لا يصح له نقض البناء الغاصب لان الملك ما لم يملك الاصل الاول عليه وعدم انتقال الملك اليه اسناد

من بيانه ممنوع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه ان يكون الباء ثم للمصاحبة فيكون المعنى هو كما ان الغصب اثبات اليد
ازالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود واما ثانيا فلان المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد ان لا يتحقق ازالة اليد اصلا في
غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد عرفت في تعليل قول محمد رحمه الله ان من ضرورة اثباتا اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قولهما ههنا
لنفي تلك المقدمة وليست بقابلة للنفي والمنع لتقررها بداهة فلا يكاد يسلم منهما ايضا فكيف يتم تقرير دليلهما بعبارة مشعرة باعتبار ازالة اليد مطلقا في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما ومحل كلام
ههنا ان يقال لما ان الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين اي مع ازالة يد المالك مطلقا اي سواء كانت بفعل في العين او بالفعل في المالك وما كان
من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقا لا زوالها بوجه خاص وهو ان يكون بفعل في العين ونحو المعنى مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع
ازالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها اي عن العين المغصوبة وهو اي ذلك الاخراج فعل في المالك
لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل في العين فلم تتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزمه الضمان عند هلاكه في يد الافة وبهذا التقرير يثبت مدعى الامام الاعظم والامام
الثاني ويخرج الجواب عما ذكره في دليل امامنا الثالث اي الشافعي رحمه الله كما لا يخفى على ذي فطنة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال وليت شعري باي دليل
ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين حتى ثبت بل عموم ازالة اليد يتحقق في اخراج المالك انظر انتهى اقول قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال
واما ابو حنيفة رحمه الله وابو يوسف رحمه الله فمرّ على اصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بالفعل في المال ولم يوجد في العقار الدليل على ان هذا شرط تحقق الغصب
الاستدلال بضمان الغصب فان اخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بالفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا
كلامه فتامل ثم اورد ذلك البعض على قول المصنف رحمه الله في تعليل قولهما وهذا لا يتصور في العقار بان قال للخصم ان يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد
فتامل انتهى اقول ليس هذا الشيء او ليس شيء المخصوم من ينكر تحقيق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته انفا فكيف يتصور ان يقول الخصم
انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد **قوله** وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب
فيما ينقل اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يلزم كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر
لجواز ان يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره الا يرى انه ذكر الغصب فيما مر في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه والمراد به ههنا
اللغوي لا محالة وان اراد ان الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن ان يجاب عنه بان المراد هو الاول ولا يرد جواز ان يكون المراد بالغصب
المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لان المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر الى وضع اهل الشرع على ما تقرر
في علم الاصول بل وفي علم البيان ايضا فلا بد في ارادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في تخاطب اهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتفية فوجب الحمل
المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فهلك فان قوله فهلك في يده والغصب فيما يتعلق به ويحول قرينة على ان يكون المراد
بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوي دون الشرعي تدبر **قوله** ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان مسئلتنا
هذه تعم المثلي وغير المثلي من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كما لا يخفى ان قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى في صورة المثلي على قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله اذ قد تقرر فيما مر ان المثلي اذا انقطع الصورة عند ابي حنيفة رحمه الله قيمته يوم الخصومة وعند محمد رحمه الله قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة
العامة **قوله** فان نقص في يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته اقول في هذا التعليل قصور اذ قد

لابي يوسف رحمه الله انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذلك الملك في المضمون لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو اداه اليه يباح له التناول فيزول الخبث باداء البدل اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا **قال** ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمن

او قد صرح في ما تقدم الشرح بان مسالتنا هذه تعم ما كان النقصان في بدن المغصوب مثل ان كان جارية فاعورت او نابت الثديين فانكسر ثديها وما كان في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة ولا يخفى ان التعليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية لان النقصان فيها من حيث الاوصاف دون الاجزاء فالاولى في التعليل ان يقال لانه دخل جميع اجزائه واوصافه في ضمانه بالغصب فانه اولى بالصورتين معا واوفق لقوله الآتي بخلاف البيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تامل تقف. ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا يعني ان مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي. اما في الربويات اي في الاموال الربويات التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا انتهى كلامه. اقول لقائل ان يقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الاوصاف كما اذا غصب حنطة فعفنت في يده اذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الاموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل الى الربا لا محالة واما فيما اذا كان نقصانها في الاجزاء كما اذا غصب كيليا او وزنيا فضاع بعض اجزائه فنقص قدره كيلا او وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الاصل بلا اداء الى الربا اصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم امكان تضمين النقصان مع استرداد الاصل في الربويات مطلقا تامل. وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او اناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله الى هنا كلامه. اقول تقرير صاحب العناية ههنا وان كان مطابقا لما ذكر في الكافي ولما نقل في النهاية نقلا عن الايضاح الا انه منظور فيه عندي اما اولا فلانه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفي سائر المعتبرات ايضا بان الوزني في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطست ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك ان اناء فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ههنا باناء فضة انهشم في يده واما ثانيا فلانه كيف يصح قوله وان شاء تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها اناء فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا فالحق في حكم غصب اناء فضة اذا انتقص في يده ما نقله صاحب النهاية عن مختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي رحمه الله من ان صاحبه بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي رحمه الله كذا وان كان اناء فضة فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الاناء من ذهب فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه وان شاء اخذ قيمته من الفضة انتهت. ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير ان الواقع فيه قلب فضة بدل اناء فضة حيث قال في المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قيمته من جنسه بناء على اصله ان للجودة والرداءة والصنعة في الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو اوجبنا مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربا ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا انتهى. **قوله** ولابي يوسف رحمه الله انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا **اقول** فيه نوع تامل لان الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر ان الغلة اي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المشتمل لا بمقابلة منفعة وصف الفائت فقط فما وجه القول بان لا يتصدق بشيء من الغلة اصلا تامل. **قوله** فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت

فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رح لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشائخنا رح لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط قال وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسألة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما قررناه وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا اصاب بعد ذلك مالا يتصدق بمثله ان كان استهلاك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلاك الثمن لم يكن عليه ان يتصدق بشيء من ذلك انتهى اقول فيه اشكال فانه يجوز ان يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في اداء الثمن الى المشتري في هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة الى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند اصابته مالا او يرى انه لو صرفها الى غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد اصلا ففيما اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان اولى بذلك كما مر جوابه فيما قبل اللهم الا ان يقال وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو انه لو لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمل ان يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم اداء الثمن الى المشتري فلا يحتاج الى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال امر موهوم بعيد ان يكون مدار الحكم الشرعي فتدبر وفي معراج الدراية وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف رح هو وقت الصرف الى حاجة نفسه اقول هذا هو الظاهر ولكن فيه ايضا شيء وهو ان الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز له اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما افصح عنه بقوله ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى انه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لتقييد المصنف رح حينئذ بقوله فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ معناه فيما ان صرفها الى حاجة نفسه لو اصاب مالا اللهم الا ان يقال يجوز ان يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتأمل قوله فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اقول في عبارة المصنف رح ههنا تسامح لان حاصل الدليل الى ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى نفسه والى غيره لان اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها نفس ما في الكتاب وقوله ونقد منها امر مغاير له ولا معنى للقول بان في الشيء اشارة الى نفسه والى غيره مما لا يخفى فالظاهر ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصادق انما يجب اذا اشار اليها ونقد منها اذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور ويلائمه المقابلة بقوله بعده واما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة ثم ان ما اخذ قول المصنف رح ثم بدأ في بيانه من الاشارة الى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا اشار اليها ونقد منها يدل قول المصنف رح اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هناك وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على ان اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها وكان الكرخي رح يقول في المسألة ان ذلك على اوجه اما ان يشير اليها ونقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها او يشير الى غيرها وينقد منها وفي كل ذلك يطيب الا ان يشير اليها وينقد منها فان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتأكد بالنقد منها قال مشائخنا رح لا يطيب بكل حال ان تناول من المشتري قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا وفي المضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى ههنا لفظ فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشائخنا رح الفتوى اليوم على قول الكرخي رح لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلى هذا فتوى الصدر الشهيد وشمس الائمة

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض يرد عليه الفصل عما قبله انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا للغصب الا ان رد المثل او القيمة يتفرع على تحقق هذا العارض فان موجب اصل الغصب انما هو رد العين والمصير الى رد المثل او القيمة لا يكون الا بعد هلاك العين

قال وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديداً فاتخذه سيفاً أو صفراً فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربوا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته للشافعي رحمه الله أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة الغير فطحنت ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلاً وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صيّر حق المالك هالكاً من وجه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سبباً للملك من حيث إنه محظور بل من حيث إنه إحداث الصنعة

كما عرف فيما مر لم يكن رد المثل والقيمة إلا بعد هلاك العين بحكم الغصب إلا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتأخير أحرى منه وأما ثانياً فلأن كون ما يزول به ملك المالك عارضاً إنما يقتضي استحقاقه للتأخير والفصل عما قبله بأن يورد في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكان صاحب النهاية تدارك حيث قال لأنه عارض فيناسب أن يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقريب إذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ذكره متأخراً عما قبله **قوله** وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغيرت بغير فعله مثل أن صار العنب زبيباً بنفسه أو خلاً أو الرطب تمراً فإن المالك فيه بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لأنه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها ليتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكاً ونشاءً وبذراً ونحو ذلك تزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لأن زوال اسمها يتناوله فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقاً لا حنطة إلى هنا لفظ العناية أقول فيه نظر فإن كون قيد وعظم منافعها في هذه المسئلة مذكوراً لمجرد التأكيد مع وقوعه في عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جداً لا يقبله الطباع السليمة فالحمل عليه من ضيق العطن والصواب أنه احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأربها فإنه لا يزول بالذبح والتأريب ملك مالكها كما سيأتي في الكتاب مع أنه زال اسمها بالتأريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمية كما سيأتي التصريح في عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها بذلك **قوله** غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده قال بعض الفضلاء الظاهر أن المراد نقصان القيمة أقول ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف رحمه الله فيما سيأتي ولنا أنه أحدث صنعة متقومة لأن قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقاً وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فإذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقاً فأنى يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما إذا عفنت وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال لأن الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربوا بينهما ولا يجري الربوا إلا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئاً آخر لنقصان حصل فيها بسبب العفونة لأدائه إلى الربوا على ما مر فكذلك ههنا انتهى اللهم إلا أن يكون مراد ذلك القائل أيضاً بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله إضافة النقصان إلى الوصف لا إلى القيمة كما لا يخفى **قوله** للشافعي رحمه الله أن العين باق إلى آخره قال صاحب العناية قوله وللشافعي رحمه الله عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربوا أقول ليس هذا بسديد فإن الواو غير موجودة ههنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلاً ولو سلم وجودها فالظاهر أنها للابتداء إذ لو كانت للعطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربوا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبي وهو قوله وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وقوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يزول ملكه عنه إلى آخره ولا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ركاكة ذلك جداً وكونه بمعزل عن شأن صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم أن يكون تعليلاً لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف رحمه الله وهذا غلط انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن معنى قوله للشافعي رحمه الله أن العين باق أن له في إثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضاً على تقدير أن يكون وللشافعي رحمه الله عطفاً على قوله لأنه يؤدي إلى الربوا إلا أن له في إثبات مذهب أبي يوسف رحمه الله كذا حتى يلزم أن يكون تعليلاً لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف رحمه الله كيف ولو لزم ما توهم من المحذور ههنا للزم ذلك في كل موضع الخلاف يقال فيه عند إقامة أدلة المذاهب له كذا ولنا كذا إذ لا شك أن المذكور ثانياً أو ثالثاً من تلك الأدلة بالواو معطوف على الأول مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه

[illegible] ... قال ... غصب ... اداء ... الاستهلاك من كل وجه ... [illegible]
... حتى ... المغصوب ... اماله ... مالكه ... [illegible]
من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي النمية ... [illegible]
او ليس لمال من احكام السمنة دون العين وكذا الصنعة فيها ... مطلقا لانه لا قيمة ... [illegible]

ولنا انه احدث صنعة متقومة فانه يصلوت فلما على قول الشافعي رح ان العين باق مع انه ليس بتعليل لما قاله الشافعي رح بل لما يجب فالوجه في محصله
في امثال ذلك كلها ان المعنى انه لنفي اثبات مذهبه كذا والثاني في اثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه اصلا فاحفظه فانه ينفعك في مواضع شتى **قوله** بخلاف ما بعد...
لان اسمه باق بعد الذبح والسلخ هذا جواب عن قول الشافعي رح وبيانه انه اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وارباها فتقرير انه الغاصب احدث الفعل من الغاصب على
وجه تبدل الاسم فان اسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام في باب التاديب ولا يقال شاة مورية بل يقال
لحم مورب فقد حصل الفعل وتبدل اللحم لم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما بقي اسم الشاة فيما مع ترجح جانب الصحية فيما ان يسلم المقصود
اللحم ثم السلخ والتاديب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحققه فلا يكون دليل تبدل العين كذا في العناية وغيرها اقول الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد
على المصنف رح فيما ذكره جوابا عما استشهد به الشافعي رح من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتاديبها فانه علل المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيما بعد الذبح
والسلخ فورد عليه قطعا ان يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم اربت ولا شك ان اسم الشاة لم يبق بعد التاديب فلم يتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث
تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف رح جوابا عما استشهد به الشافعي رح نعم يمكن ان يجاب عما استشهد به الشافعي رح بما ذكر في الجواب لكن
لكنه لا يرفع قصور ما اجاب به المصنف رح عنه وهذا السوال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب **قوله** وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك او وجود الرضا
منه لانه لا يقتضي الا الطلب في المعنى المراد من قوله او ضمنه الحاكم ومن قوله او ضمنه المالك نوع اشتباه ومن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهما فقال صاحب الكفاية
في شرح قوله او ضمنه الحاكم يحتمل ان يكون المغصوب منه من كان القاضي وليا له وان يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله انه لا يقتضي الا الطلب انتهى واختار ...
الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله او ضمنه الحاكم بان كان المغصوب مال اليتيم او الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني اذا كان مال اليتيم
اقول يرد على الاحتمال الاول ان قول المصنف رح في التعليل لانه لا يقتضي الا الطلب غير مساعد لذلك لان من كان القاضي وليا له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له
بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيرا جدا او كما اذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية اصلا ويرد على الاحتمال الثاني ان قول المصنف رح قبيل هذا وكذا
اذا ادى بالقضاء يابى ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن ان يجاب عن الاول بان طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي وليا له لكونه نائبا عنه فكان القضاء
ايضا بطلب المغصوب منه حكما وعن الثاني بانه يجوز ان يكون المراد بالقضاء على تقدير ان يكون معنى قوله او ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع الاداء
من الغاصب والمراد بقوله قبيل ذلك وكذا اذا ادى بالقضاء الاداء بعد القضاء فافترقا فلا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله او ضمنه المالك اخذ الضمان او تراضيا
على مقدار من الضمان انتهى اقول يرد عليه ايضا ان قول المصنف رح فيما قبل وان ادى البدل يباح يغني عن هذا المعنى لان اداء الغاصب البدل يستلزم اخذ المغصوب منه
الضمان فيلزم ان يكون قوله او ضمنه المالك مستدركا ويمكن ان يجاب عنه بانه يجوز ان يكون المراد بتضمين المالك اخذ الضمان من غير قضاء ... [illegible]
فيما قبل ... البدل ... بالقضاء او بالرضا ... [illegible] ... الكلام في قول
صاحب الكفاية او تراضيا على مقدار من الضمان فانه يقتضي ... قول المصنف رح ... البدل يباح كما يدل عليه تعليله هناك بقوله لان حق المالك صار
بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن ان يجاب عنه ايضا بان المراد ههنا التراضي على مقدار من الضمان على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على اداء كل الضمان ... التغاير من
الحيثية ... [illegible] ... على ذي فطرة سليمة ان حمل قول المصنف رح او ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان ... [illegible]
ذلك المعنى من حيث العربية اصلا وقال تاج الشريعة في تفسير قوله او ضمنه المالك اي طلب المالك من الغاصب الضمان ... قبل اداء الضمان

قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رحمه الله للمالك اخذها والوجه من الجانبين بيناه ولنا وجه آخر فيه وهو ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر الهندواني رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة اما اذا بنى على نفس الساحة ينقض ولا ... وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح

وانتفى اثره الشارح العيني اقول فيه ايضا ما فيه من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى على المتأمل **قوله** ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها ذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة واما اذا كانت قيمة الساحة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة ويمكن توجيهه لك ان تاملت في قوله وجه آخر لنا فيه انتهى اقول لا يذهب على من له ذوق صحيح انه لا يلطف وجه ذلك بالتامل في قوله وجه آخر لنا فيه لان حاصله ان ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي رحمه الله ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة لا يقال الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يتحمل الضرر الاعلى عند امكان العمل بالضرر الادنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا فرق في هذا المعنى بين ان يكون قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة وبين العكس اذ لا شك ان الضرر المحض اشد واثقل من الضرر المجبور على كل حال فلا بد ان يتحمل الثاني ويدفع الاول على كل حال عملا باختيار اهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة ما هو اقل قيمة حينئذ يكون اخف واليسر تحملا وليس فليس ثم اقول لعل وجه ذلك يظهر بالتامل في قوله والوجه من الجانبين وقت بناه فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه لا شك ان قيمة البناء اذا كانت اكثر من قيمة الساحة كان البناء غالبا على الساحة فيصح اذ ذاك ان يقال ان الغاصب احدث صنعة متقومة صير بها حق المالك هالكا من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكا من وجه واما اذا كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البناء فانما يكون الساحة غالبة على البناء فيشكل هناك ان يقال انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه اذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تامل تفهم **قوله** ولنا وجه آخر فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة بيانه ان فيما قاله الشافعي رحمه الله اضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا اضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلا فوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا الى خلف فكان قطع حق المالك اولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان اقول لقائل ان يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحيلة المهملة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك ايضا كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل **قوله** كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف النفس لا لان المالك ملك ذلك باصنع فلا يصلح للاستشهاد ولاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانت متساويتين انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل انتهى اقول ليس ذلك بشيء اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الاحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقيس ايضا بلا ريب على انه لو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع مقيسا ههنا ولا يتحقق فيه العلة المعتبرة علية في المقيس وهي لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه اصلا **قوله** وجواب الكتاب يرد ذلك قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ذلك

فيه ثم المالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب فلو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد

قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا يبطل عامة منافعه فله ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال معناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قالوا وفي اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين والمنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رح جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع الغرس والبناء وردها

جواب مختصر القدوري ميدنا قاله الكرخي رح نظرا الى ان القدوري يروي عن ابي عبد الله الجرجاني عن ابي بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي رح فكيف يدعي جواب القدوري قول الكرخي رح وسند رواية اليه ثم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم باقامة الدليل لا بمجرد الرواية فلا انتهى كلامه اقول لفظه ساقط لانه ان اراد ان اسناده رواية القدوري في جميع مسائل مختصره او في المسألة التي نحن بصددها الى الكرخي رح فهو ممنوع كيف وقد صرح بهذا الشارح نفسه بان القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي وكان ابو الحسن الكرخي رح يقول المسألة موضوعة على انه بنى على حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض بناؤه اما اذا بنى على نفس الساحة ينقض بناؤه لانه متعد فيه وكان الشيخ ابو نصر لا يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله حروة مرادة سقط حق المالك وان الفضة لا يستحق حق المالك بالصياغة وانما سقط لكونها تابعة للمرادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدي فدل على ان المسألة على اطلاقها وانه لا حق للمالك في الساحة في الوجهين قال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك ان ما نقله عن القدوري صريح في ان القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسألة على التقييد بان كان بنى على حوالي الساحة ويستدل على اطلاقها بمسألة كتاب الصرف كما ترى فتعين ان رواية القدوري هذه المسألة بالاطلاق فبنى عليها الاسند الى الكرخي رح بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسألة كتاب الصرف وان اراد ان استناد رواية القدوري في اكثر المسائل الى الكرخي رح فالكل الا انه مسلم لكن لا يجدي ذلك هنا شيئا فان الكلام في مسألة الساحة وهو في روايتها يخالف الكرخي رح كما عرفت **قوله** ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه كذا الجزور وهو ما عدا للذبح من الابل من الحجزر وهو القطع يقع على الذكر والانثى وهي تؤنث كذا قالوا وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بان يقال النقصان بالذبح في الشاة من حيث صلاحيتها للدر والنسل والجزور هي التي اعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين هنا فينبغي ان لا يغرم الغاصب النقصان ... على المالك لانه حق مقصود فيها فكان زيادة لا نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه احمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ ... احمر زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار ... فيما سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى زمان يحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومعراج الدراية و ... بعبارة اخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل لحرمته على المالك ... النقصان حيث ان الجزور غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان وكان ... سوى ما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله ... يستحق اجر المثل حيث قال لا مجال لهذا التوهم اصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو متبرع لا يستحق الاجر ... بدله ان ذابحه يجب ان لا يكون غاصبا انتهى اقول ان قوله لا مجال لهذا التوهم اصلا ممنوع ... هذا لم يكن متبرعا لما زاده الصبغ فيما اذا اخذ ثوب غيره فصبغه احمر بل ضمنه المالك ان اختار ... بجزيه وغيره بل استحق اجر المثل بناء على انه حق مقصود المالك وبهذا القدر من القياس يمكن ... بتشار المصنف رح الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح بمثار الاعتبار عليه قوله ... من وجه الاستهلاك من كل وجه قال صاحب العناية قيل ليس لتقييد

قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق

غير ماكول اللحم فائدة وان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه علقت قوله وكذلك اذا قطع يدها على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فاول
انما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في ماكول اللحم وغير ماكوله اذا قطع
طرفه وكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير ماكول اللحم والثاني ان التعليل يدل على
منافاة الحكم من قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اقول لقائل
بعينهم فائدة التقييد بغير ماكول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية واما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر انه هو صاحب
غاية البيان اذ لم ينقل احد من الشارحين ما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية الا ان ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية
ايضا فان عين عبارته هكذا هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة
فيهما بلا خيار وقد مر من قبل هذا انتهى ولا يخفى على ذي مسكة انه لا يرد على ما قاله المصنف بتلك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية لان مدار وروده علی حمل مراد
على تسوية ماكول اللحم وغير ماكوله في الحكم وعبارة صاحب الغاية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع
الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية بتصريحه ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف رحمه الله نفي خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة
وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع يد حمار
او رجله وكان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان انتهى كلامه اقول للمانع ان يمنع مخالفة ما اختاره المصنف رحمه الله لنقل الكتب المذكورة لان ما رواه هشام
عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامساك واخذ النقصان فيما اذا قطع طرفا من غير ماكول اللحم مقيد بان كان لما بقي قيمة كما ترى فيجوز ان يكون ما اختاره
المصنف رحمه الله وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك
من كل وجه فيما اذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير اتلافا من وجه دون وجه وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح
قول المصنف ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها اي الواجب هنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها
لوجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان ونقل ما في المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله

قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق صحح في المغرب بتنوين عرق حيث قال اي
الذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذي
هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها اقول فيما ذكر
في المغرب شيء وهو انه قدر المضاف اولا حيث قال اي لذي عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا
وبينهما تناف لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا للعرق كما في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك
ذا رحم محرم عتق عليه ان قوله محرم صفة ذا وجره للجوار فيستقيم معنى الكلام على حقيقته فلا تكون الحاجة الى التجوز ووجه الحق هنا
ما ذكره المحشي في الحاشية ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا ان يكون
مراد صاحب المغرب بقوله اي لذي عرق ظالم تحرير تفسير المعنى لا ان هناك مضافا محذوفا منسيا اذ حينئذ لا يبقى التنافي

ولأن ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له [illegible]

[illegible]

فصل ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر [illegible]

قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه [illegible]

والاجبال لكون ظالم نعتا للذي لانه معرفة انتهى اقول هذا الكلام من مثل ذلك اعجب فان ذا الذي بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة ان اضيف الى نكرة ومعرفة ان اضيف الى معرفة ومن هذا قال العلامة الجوهري في صحاحه واما ذو الذي بمعنى صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة اضفته الى نكرة وان وصفت معرفة اضفته الى ما فيه الالف واللام ولا يجوز ان تضيفه الى مضمر ولا الى زيد وما اشبهه انتهى ولا ريب ان المضاف اليه لذي فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف ايضا نكرة فلا معنى لقوله والاجبال لكون ظالم نعتا للذي لانه معرفة وكان وهمه ذهب الى ذي التي هي مؤنث ذا من اسماء الاشارة التي هي من انواع المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم هفوة **قوله** ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الى آخره اقول لمتوهم ان يتوهم ان قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافي وضع المسئلة في الغصب بان قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى فالجواب ان المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه اللغوي وبالغصب المنفي تحققه في الارض في اثناء التعليل هو معناه الشرعي على اصل ائمتنا فلا منافاة و قال صاحب غاية البيان وقد مر في اوائل كتاب الغصب عند قوله الغصب فيما ينقل ويحول ان عبارات مشائخنا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب ارضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه ان يقال لما تصور بصورة الغصب سماه غصبا كما في قوله تعالى الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة انتهى كلامه اقول قد مر منا ايضا هناك انه لم يقل احد من مشائخنا ان الغصب الشرعي يتحقق عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في العقار ولو قال ذلك لما صح منه ان يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند احد وما اشعر صاحب العناية باستعمال بعض المشائخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قررناه آنفا فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب ارضا على القول بتحقق الغصب الشرعي في العقار على انه لو بني عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ ان لا يطابق التعليل المعلل واما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب في العقار بانه لما كان في صورة الغصب سماه غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى

فصل لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية ايضا بعبارة اقصر اقول فيه كلام وهو ان المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي ان يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا **قوله** وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف رح وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب فان لم يكن تعليل الشافعي رح بذلك مناسبا انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته لا يمنع ان يكون وجها آخر لنا في الجواب انتهى اقول كيف لا يمنع فانه عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسئلة تزييف دليل خصمنا لا محالة فلو لم يكن سبب الملك

[illegible]

هو الغصب عندنا كان ينبغي على المصنف رحمه ان يذكر بيان وجه مناسبة تعليله لما قلنا التعريف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف رحمه عن ترتيب دليله مهنا الوجه بما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل بكماله الى آخره كما اشار اليه ذلك البعض بقوله غاية ان يكون وجها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل الى آخره لا يصلح جوابا عما قاله الشافعي رحمه الا بطريق المعارضة باقامة دليل على ما قاله الشافعي رحمه ولا يندفع به اشكال ان لا يكون ما هو عدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعي رحمه في تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغني العاقل عن مثل هذا الامر الجلي القاطع عند امكان التشبث به بتتبع ما ذكره المصنف رحمه لما هو كثير المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى نعم ما ذهب اليه صاحب العناية من ان سوق كلام المصنف رحمه ههنا يشير الى ان سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي ابو زيد في الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي عليه **قوله** الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك فان عجز المالك عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشائخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشائخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين فاذا اثبت البينة اسقطها وارتفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها اقول فيما ذكروا من وجه الفرق نظر فانه انما يفيد ان لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع الا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لان الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يضر وجوب القيمة على الغاصب لان الواجب عليه فيما اذا عجز المالك عن اقامة البينة على الاكثر انما هو الاقل الذي كان معترفا به وليس مقصوده من اقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين عن الزيادة عن نفسه واذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر **قوله** ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب اعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح اقول في الجواب بحث لان الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح اعتاقه وتدبيره اذ الظاهر ان محل الاعتاق والتدبير يكون الا مالا مملوكا وقد تقرر في محله انه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم ان يكون مالا ولئن سلم ان محل الاعتاق والتدبير لا يلزم ان يكون مالا بل يكفي ان يكون ملكا وان الملك يجوز ان يتحقق في غير المال ايضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لان الحاصل منه ان وجه عدم ضمان الولد فيما اذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لا ان يد المالك كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك ان هذه العبارة لا تتناول ما اذا غصب الجارية حاملا مع انه لا يضمن الزيادة في تلك الصورة ايضا كما ذكر في الاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى **قوله** ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع ثم هذا انما تم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب واما فيما اذا غصبها حاملا فلان الولد في هذه الصورة كان جزءا من امه حين الغصب وكان ازالة يد المالك عن امه مستلزما لازالتها عنه ايضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالتها عن اجزائه فلا يتصور اذ ذاك ان يقال ولو اعتبرت ثابتة على

ولهذا يتكرر بتكرره ويجب بالاعانة والاشارة فالاول يعيب بإعانة فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى ولخبث قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رح لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم

الولد لا يزيلها والصحيح التعليل بان يقال ان الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه ايضا وقد صرحوا بانه لا فرق بين ان غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في المشترى واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا انتهى كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السوال والجواب صاحب النهاية و معراج الدراية اقول في الجواب نظر لان الضمان مصدر للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمانا ومثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفا له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفا له ايضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل الفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدي يحتاج اليه المفعول به في التعقل والوجود جميعا والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصف له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصف له وقال ولا امتناع في قيام الاضافيات بالمتضائفين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه ان الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال ايضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول هؤلاء الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان المدة رفيعا وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل به يد المالك بل ازال يد الغاصب وكالملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور ا ا مع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البير في غير الملك وليس ثمة ازالة يد اصلا ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة فما يكون تعديا الى هنا كلامه اقول هذا الجواب ليس بتام لانه انما يفيد ان لو كان المراد بالسوال المذكور ان قولكم الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصور المذكورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها واما اذا كان المراد بذلك ان تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب ينتقض بالصور المذكورة لان حاصل هذه العلة ان تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك ان ذلك التفسير غير متحقق في الصور المذكورة ايضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السوال كما لا يخفى على الفطن ثم الاولى في السوال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعهما **قوله** ولهذا يتكرر بتكرره قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل اي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي ولكن يحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا اولى لانه اوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه في الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره اكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل احد سواه بترجيح المعنى الثاني على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم انتهى كلامه اقول الا جواز عندي للمعنى الثاني ههنا اصلا فضلا عن ان يكون هو الاولى كما زعم صاحب النهاية فان قول المصنف رح ولهذا يتكرر بتكرره استدلال على قوله فهو ضمان جناية

قلنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية مضمون وكذا اذا ماتت الام وبالولد وفاء وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما اورد من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة الارش وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح

كما ترى بل لا يصح هذا التفريع على تقدير حمل قوله لتكرر على المعنى الثاني لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم لا يكون امارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية او ضمان غصب فان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم يتحقق كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رعاية المبسوط في المناسك اوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه فمتى انتصب او وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء لكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا انتهى تدبر تقف **قوله** قلنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف ذهبت جماعة من الشراح وهم اصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الى ان قول المصنف رحمه الله على ما عرف اشارة الى ما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى انه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول ايضا بطريق النقل حيث قال يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء انتهى اقول لا مجال عندي لحمله على الاول اصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك ان ما هو سبب لاحدهما لا يصلح ان يكون سببا للآخر ايضا البتة حتى يصح ان يعرف احدهما على معرفة الآخر الا يرى الى قول المصنف رحمه الله فيما سيأتي في تخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا انتهى فان ذلك صريح في ان الولادة لا يكون سببا لموت الام فيما سنذكره ان العلوق ايضا لا يكون سببا له الا ان افضاءه الى الموت ابعد من افضاء الولادة اليه كما لا يخفى مع انه حكم ههنا ان سبب الزيادة والنقصان هو الولادة او العلوق ثم ان المعروف في امثاله على ما يجيء ان يقال على ما سيجيء او على ما استعرف بصيغة المضارع واما ان يقال في مثل ذلك على ما عرف فانما يعرف قطعا فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير **قوله** وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا في الشروح اعترض بانه لم يخرج جواب للخصم عن اصل الدليل وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابرا النقصان وقع في ملكه بل هو على حاله واجيب بان المصنف اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فاذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى جابر فالطلاق الجابر عليه توسع هذا زبدة ما في النهاية والعناية اقول الجواب منظور فيه فان النقصان امر محقق لا مجال لانكاره وقوعه اذ وضع مسئلتنا فيما اذا انتقصت الجارية بالولادة والذي يريد ان لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا انما هو انجباره ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف رحمه الله وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله في اصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لان لا يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وان لا يعد نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل لزم ان يكون ذلك تحكما بحتا وحاشا لائمتنا من ذلك فليتأمل **قوله** وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت اقول لقائل ان يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين اذ لا شك ان سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الاولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية مغاير سبب الزيادة وهي السمن في الاولى ونبت الثنية في الثانية وقد رد المصنف رحمه الله فيما بعد قياس الخصم على نحو جز صوف شاة وقطع قوائم الشجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تشبث ههنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيهما ايضا ثم اقول في الجواب ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر في صحة القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده ان لا يعد النقصان نقصانا كما ذكره بخلاف عدم

والهلاك بعده بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت في يد البائع ولم يعلم المشتري بالحبل حتى ولدت عنده وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها او سكنها وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان

اتحادا ولا وجه له اصلا لان لا يد في النقصان انقصانا لولا التناوح فكيف الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعاه هنا وسقوط الضمان عند اتحاد السبب مع عدم جواز ان لا يجد النقصان هناك نقصانا فلان سقوط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز ان لا يجد النقصان هنا نقصانا اولى كما لا يخفى وتدبر فانه دقيق ثم ليت شعري ما الفرق بين القياسين ولم اسبق الى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء الفرق ان الثنية لا قيمة لها بخلاف الفوائت الحسية انتهى اقول ليس هذا بشيء لان الثنية وان لم يكن لها قيمة الا ان سقوطها يورث نقصانا في الجارية بلا ريب والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه **قوله** والهلاك بعده بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة اقول يرد عليه في الظاهر انه جعل الولادة هنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر انها ليست بسبب للموت حيث قال وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل في التوجيه **قوله** ولنا انها حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه لقائل ان يقول مقتضى هذا الدليل ان لا تجب الاجرة على المستاجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كما في استيجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لان الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع انه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع و لم ار احدا منهم حول هذا الاشكال مع ظهوره سوى الامام صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة الايجار انا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لانه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فاعطي لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة انتهى اقول هذا الجواب وان كان مما يصلح ان يكون مخلصا ههنا الا انه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تمليك المنافع بعوض وقولهم والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وينعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على ان الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تاويل كلها متعسر بل متعذر تامل تقف ثم اقول الاولى في الجواب عندي ان يقال مقتضى الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المستاجر فيما اذا حدثت المنافع في يده ان يقال انما هو على موجب القياس وقد تقرر في اول كتاب الاجارات ان القياس يابى جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وان جوزناها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب و القبول فيجوز في الاجارة ان يجب الاجرة على المستاجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع العقد عليها باعتبار اقامة العين التي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يترتب عليه الا ما يقتضيه القياس فتدبر **قوله** ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان اقول لقائل ان يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع المغصوب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ولا يدل على انها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها اصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بان مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع وكانه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره ويرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال لئن سلمنا تقومها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما ان تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به احد او بالاعيان وهو باطل ايضا لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى اوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه ايضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولان المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو اما ان تكون مضمونة بامثالها من المنافع او غيرها

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولانسلم انها تستوفي نفي تقابل بتقويم وقوعه بمورد العقد لانه في المعقود كان لايعتبر ذلك نفس منافع الا تلك الاستعمال كبيرة اجزاء العين

من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز ان يكون مضمونة بالامثال بين المنافع لانه اقل من ذلك لايجوز ان يكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لقوله تعالى
بمثل ما اعتدى عليكم انتهى قال صاحب العناية اعترض بانه لو اتلف ما يسرع اليه الفساد كالهريسة واللحم التي تبقى يدل على ان المماثلة حيث انتفاء البقاء غير معتبرة وبانه استاجر الوصي
لليتيم ما يحتاج اليه بمال اليتيم فانه جائز لامحالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لايجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة
لا امكن بين الباقي والذي لا يبقى الخ فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى ما تستبين منه يعني في جوهر وعرض الايرى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان هذا باقيا دون
الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا بدل ان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو الايجاب في التصرفات انتهى
اقول في كل من الجوابين نظر اما في الاول فلان تقريره لا يرى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان هذا باقيا دون الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من
البيع بين البيعين لايدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لان للعقد والرضاء تاثيرا في تجويز كثير من التفاوت ومن هذا قالوا يجوز بيع ما قيمته الف بالوف وبجوز
في ضمان العدوان الايرى ان التفاوت بين جوهر وعرض يجوز بالرضاء بالعقد كما اذا استاجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع ان المماثلة المعتبرة
بان الدوان لايتصور بين جوهر وعرض كما صرح به واما في الثاني فلان جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لايدل على جواز استيجار الوصي لليتيم ما يحتاج اليه
بما يملك التفاوت في الاول بين جوهر وجوهر هو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض هو تفاوت فاحش ولا شك ان جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش
لايدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش الايرى ان التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان
العدوان دون التفاوت غير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لايجوز ان يكون الامر في تصرف الوصي في مال اليتيم ايضا كذلك فمن اين ثبت ان
جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على ان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو مجرد الايجاب في التصرفات ثم يجوز ان يكون المعتبرات بالقربان بالاحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم
الا بالتي هي احسن ذلك المعنى لكنه انما يعرف بدليل آخر لا بما ذكره من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي **قوله** وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف قال صاحب العناية في تفسير
الماخذ العلل التي هي مناط الحكم وما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لاتتحقق غصبها وثالثا بانها بقوله لانها لاتماثل الاعيان الى آخره
انتهى اقول فيه خلل لانه قال وما ذكره بكلمة لتوضيح لاحد الامرين ولا شك ان العلل التي كانت مناط الحكم ههنا واشار اليها المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره اولا وثانيا وثالثا
باجوالها لاعورة لا امر آخر كيف يصح العطف بكلمة او وقال صاحب النهاية ههنا اراد بالماخذ العلل التي هي مناط الحكم واراد بالماخذ ما ذكره اولا بقوله انما حصلت في ملك الغاصب
وثانيا انها لا تتحقق غصبها وثالثا انها لاتماثل الاعيان وما شرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص انتهى اقول يرد على ظاهره ان العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره
اولا وثانيا وثالثا بعينه كما حققته آنفا فما معنى قوله الشارح اراد بالماخذ كذا واراد بها كذا العطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بان يكون مقصوده بقوله
اراد بالماخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المأخذ ههنا وتعيينه وكانه قال اراد بمعنى المأخذ ههنا هذا واراد بما صدق عليه المأخذ ههنا ذاك والمغايرة بين المفهوم وما
صدق عليه ظاهر فيصح العطف الا انه لو قال في الثاني واراد بهذه المآخذ ما ذكره الى آخره لكان احسن لكونه ادل على ارادة ما صدق عليه المآخذ كما لايخفى على الفطن ثم اقول
في هذا المقام بحث قوي وهو انه قد صرح في معتبرات الفتاوى ان منافع الغصب مضمونة عندنا ايضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاستغلال مع ان العلل التي ذكرها
التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور ايضا فان قلت العلل المذكورة على نهج القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور من جنس
الاستحسان نظر الى الوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان قلت ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان
في المنافع وبعضها يدل على عدم امكان تضمين المنافع لانها اعيان ليعلم المماثلة بينها وبين ضمان العدوان الثابت بالنص والاجماع فاجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا

فصل في غصب ما لا يتقوم **قال** وإذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما فإن أتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنهما للذمي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمي على ذمي أو باعهما الذمي من الذمي له أنه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا

فصل في غصب ما لا يتقوم قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الأصل لأن الغصب يجب له الذكر إنما يتحقق فيه ذكر في بيان أحكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضيته أن يصير متقوما أما باعتبار ديانة المغصوب منه أنه متقوم أو تغير في نفسه إلى التقوم انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية أقول لا يذهب عليك أن لا حاجة ههنا إلى المصير إلى اعتبار عرضيته أن يصير ما لا يتقوم متقوما بأحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لأن المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل وعدمه فيما بقي بعضها لا نفي ما لا ضمان فيه كإتلاف خمر المسلم وخنزيره فلا وجه لاعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتباره أصلا فإن اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع إباء عنه ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوما منهم الشارح الكاكي حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم لأنه هو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم انتهى ومنهم الشارح الأتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم لبيان الضمان انتهى **قوله** ولنا أن التقوم باق في حقهم إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا أقول فيه إشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال إنهم أتباع لنا في الأحكام تمسكا بقوله عليه الصلاة والسلام فإن قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباعا لنا في الأحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الأصول فإن قلت نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا فيكون النص المتضمن لهذا الأمر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون على ما ذكرنا آنفا قلت للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن أين يثبت الرجحان والثاني أنه قد تقرر في علم الأصول أنه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالإيمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات أيضا في حق المؤاخذة في الآخرة وأما في حق وجوب الأداء في الدنيا فمختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخمر والخنزير أيضا ثم أقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما أما عن الأول فبأن يقال ما نحن فيه مخصص بالإجماع من عموم النص الدال على كونهم أتباعا لنا في الأحكام فإن عمر رضي الله عنه لما سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور قالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها أموالا متقومة في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد فحل محل الإجماع وقد صرح به بعض الشراح وأما عن الثاني فبأن يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يحتمل الخطاب التعميم لهم أيضا وأما فيما لا يحتمله فلا يكونون مخاطبين بالمعاملات بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر من ديننا والأصل أن ما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه جاء في حقنا بدليل السياق والسياق فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي وفي الكفاية فلم يتم مجال التعميم للكفار أيضا وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا مالا حلالين في الأمم الماضية وكذلك في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين فكانا حرامين عليهم وبقيا حلالين على الكفار كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار فكذا ههنا ألا ترى أنه خاطب الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والذي هو الذي يفلح لو اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير إلى هنا لفظ غاية البيان ثم إن التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الكلام في المسألة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذلك الخنزير فالخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الإباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لإقامة مصلحة البقاء

وتحمل امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا انتفى التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع من تمليكها لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين

الاصل في اسباب الفساد هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى او معقول المعنى لا يوجد ههنا او يوجد لكنه لا يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوة لان الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم وجب الحرمة لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بالشرائع في الحرمات عندنا هو الصحيح من الاقوال على ما عرف في اصول الفقه وعلى هذا الطريق الضمان وجهان احدهما ان الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض ان يصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يتوقف على ذلك الحال الا يرى ان المهر والجحش والاسفنجة لا قيمة لها في الحال مضمونة بالغصب والاتلاف الثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر واكل الخنزير حسا لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال امرنا ان نتركهم وما يدينون وشربه لا يكذب عند الا شرب الخمر واكل الخنزير فلما منعنا التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه اذا علم انه اذا غصب او اتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم التعرض لهم من حيث المعنى والله اعلم الى هنا عبارة البدائع **قوله** ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون اقول لقائل ان يقول فلم لم نتركهم وما يدينون في بعض الامور كاحداث البيعة والكنيسة وركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير والجواب ان ذلك مما استثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما ان الربوا استثني من عقودهم بقوله عليه الصلوة والسلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد على ما سياتي بيانه عن قريب قال صاحب العناية اخذا من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان انتهى وقد اعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام لطلبهم ذلك لا نورثها انتهى اقول ليس فيما ذكره كثير حاصل اذ مراد المجيب ايضا ان عدم توريثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام لطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بانكحة المحارم نعم يعتقد المجوس صحة نكاح المحارم لكن ليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث الا يرى ان الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان اراد ذلك القائل انهم لو اعتقدوا التوريث بانكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك بناء على شرع الاسلام فلا نسلم فيه لان ما يضرنا انما هو النقض بما هو امر واقع لا بما هو فرض محض ثم اقول بقي ههنا كلام آخر وهو ان للسائل ان يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع ان وجوب توريث الزوجة من زوجها متفق في جميع الاديان اذا لم يوجد مانع والظاهر ان الكفر ليس بمانع عن الارث في اعتقاد الكفرة ثم لم نتركهم وما يدينون هناك فتامل في الجواب **قوله** وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله ان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا قال جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى ان يتعلق بقوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من عطف عليه حينئذ انتهى اقول تعليله ما ذكره صاحب العناية غير تام السداد لان كلمة بخلاف تنبئ عن ذلك بل الاستقيم ان يكون الربوا في خلاف قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لان الربوا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدينا لثبوت حرمة الربوا في دينهم بقوله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه كما صرح به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن تدينا اياهم حتى الربوا مخالفا لقوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على من له مسكة وعلى تقدير ان يكون قول المصنف رح وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يصير المعنى وهذا اي قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربوا وليس هذا المعنى بسديد لعدم الملابسة المخالفة بينهما كما بيناه آنفا واما على تقدير ان يكون قوله وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله ان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح فيصير المعنى وهذا اي وعدم كون الذمي ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربوا لكونهم ممنوعين عن الربوا كما لا يخفى

يحتمله متروك التسمية عامدا لانه لا نص فيه ولان ولاية المحاجة ثابتة **قال** ومن غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وطريق معرفته ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيعطي فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع **قال** وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه

ان هذا المعنى سديد وان كلمة ذا التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى ان تعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكره من الوجه الآخر يا حق اقول ذاك قريب مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة ههنا الى الخمر والخنزير بتاويل ما ذكرنا فالمعنى وهذا الذي اي ما ذكرنا من الخمر والخنزير يتبين كون فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الخمر بقوله فيضمنه معنى بان يصير المعنى حينئذ بان يقال المراد وهذا بخلاف الخمر في الضمان لتحصيل نوع تعلق بقوله فيضمنه فذكره ايضا ان الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربا مما لا اساس لها بذلك تدبر تفهم **قوله** بخلاف متروك التسمية لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال في العناية يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب الضمان بوجوب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رح ووجه الجواب ما قال ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلا يعتبر في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر من غير مذهبه انتهى اقول هذا ساقط جدا اما اولا فلان القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع واما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من الكتاب والسنة والاجماع فلا ينفذه القاضي اصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء وقد مثلوا ما يخالف الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ واما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور ان مدار الامر بالترك في قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون هو عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين باهل الذمة في ترك المحاجة لا دلالة ولا قياسا ولا يخفى ان ذلك يدفع السؤال بان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا مدخل له في دفع الجواب المذكور والسؤال المذكور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله **قوله** ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع قال صاحب النهاية والمجمع عليه لا يحتاج الى الدليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف رح انتهى اقول ليس هذا بسديد لان الذي لا يحتاج الى الدليل ما اجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو من الادلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر ان مراد المصنف رح بالاجماع ههنا هو اجماع ائمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين الاعظم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسألة الاستهلاك لا اجماع الامة الذي هو من الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من امة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الائمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي واحمد رح لو تخللت الخمر بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن واما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده ولا يضمن وفي قول وجب رده ويضمن انتهى فعلم منه ان الضمان عند الائمة الثلاثة في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع ان مالكا من معاصري ابي حنيفة رح والشافعي رح من معاصري محمد رح فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسألة قطعا ولم ينقل اجماع امة اخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب الغاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو انه لو ضمن لا يخلو اما ان يضمن قيمته يوم الغصب او يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك ايضا لانه لم يوجد منه فعل في ذلك والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي انتهى كلامه اقول ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه اظهر من سائر الادلة التي ذكرها في سائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان

كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه لانه واجب الرد في قيمته على خلفه قيمته كما في استعادته لا زائدا علاه ومعه قوله يعني ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه وله ان العين صار مملوكا للغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكون حقا له والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ ولم يكن تابعا للصنعة

في استهلاك الحل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف رح ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل ثم اقول الحق في وجه عدم ذكر المصنف رح دليل هذه المسألة ههنا انه لما ذكره في دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك اليه قطعا قوله في اثناء الدليل وهذا فارق الهلاك بنفسه فتبصر ترشد قوله كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه قال صاحب العناية فيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانا لا نسلم اولا ان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل او القيمة بالهلاك او الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك ايضا سببا له ومقصود المصنف رح قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا للضمان المتعدي ما استهلكه واعطاء المالك ما زاده الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الامر ان في جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب المشترك وقد اشار اليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المحل ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما في الثوب الا ان هناك السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان ايضا فلهذا ان يضمنه باي السببين شاء وههنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثاني فكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه ان يضمن المستهلك ويعطي الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذا الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك انتهى كلامه واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه نظر اذ لا شك ان عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعة لا يجب ان يكون باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر ان عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كتحققه في صورة الاستهلاك على ما اشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية ايضا في تعليل تلك المسألة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ مالا متقوما معتبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وانما يصير متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدبغه فحين الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعي فعدم الضمان فيما نحن فيه بلا ريب ويؤيده ما قلنا ان الخمر المتخللة بنفسها ايضا غير مضمونة في صورة الهلاك بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة بسببها تتقوم بها كما كان مجرد صورة الغصب وهي الاخذ جبرا بدون تحقق الغصب الشرعي موجبا للضمان في الهلاك والاستهلاك او كان مجرد حصول التقويم للمأخوذ بعد الاخذ كافيا في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها في يد الاخذ جبرا مع انه خلاف ما عليه الاجماع ثم اقول لما ظهر بما بيناه ان كون مراد المصنف رح بقوله كما اذا هلك من غير صنعة ما ذكره الشارحان المزبوران مما لا يليق بقدره الجليل وان كان في ظاهر اللفظ مساعدة لذلك كان حقا علينا ان نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز ان يكون مراده بقوله كما اذا هلك من غير صنعة هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وان كان السبب مختلفا في الصورتين ويجوز ان يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون الاصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز ان يكون هذا السبب سببا ايضا في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعة لا من حيث وجوب ان يكون هذا

[illegible]

هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم يجب ان يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز ان يكون له فيها سبب آخر هو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب انتفاء الضمان هناك بانتفاء هذا السبب لان انتفاء احد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فلا يلزم ان لا يصح قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تامل تفهم **قوله** وذكر في الكتاب انه اذا اراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك اي مطلق الاطلاق يقتضي هذا التفسير مقابلته بقوله قيل ليس له اعني ابي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى اقول تعليل هذا القول الذي يتوقف ان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندي فانه لا يتمشى على اصل الامامين اذ قد مر ان اصلهما ان الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا ان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة ويقيد والمراد ان الجلد لا يتقوم بالدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما اذا اراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ كما اشار اليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بان لا قيمة للجلد قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ ولهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر على انه لو كان المراد ههنا ان الجلد لا قيمة له وقت الغصب لما قال المصنف بخلاف الثوب بعد ان يقول بخلاف الصبغ الثوب لان الصبغ في الثوب بازاء الدباغ في الجلد تامل **قوله** لانه اذا تركه عليه وضمنه قيمته يجبر الغاصب على شراء ما لا استهلاك وهو على هذا الخلاف على ما يناه قال صاحب العناية فيه نظر لان الجبر في الاستهلاك لا من جهة الغاصب وهنا تركه وتضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك انتهى اقول يمكن ان يجاب عن هذا النظر بان الجبر في الاستهلاك لما كان الامر من جهة الغاصب لا لكن الجبر فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك انما تركه عليه وضمنه القيمة بسبب ان الغاصب اوصل الى قيمته فوجب على المالك على تقديره اخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه او لا يسمح بذلك فكان السبب الاصلي لجبر الغاصب هو دخل نفسه الا ترى انه لو دبغه بالا وكان هو للمالك بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عنده ايضا اصلا **قوله** ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ يعني اختلف المشايخ في كيفية التضمين على قولهما فقال بعضهم يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح اقول ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندي فان قيمة جلد مدبوغ بعد ان يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها اذ قد قال المصنف فيما مر في بيان اخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فيه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وذلك صريح في ان الباقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها فما فائدة الاختلاف المذكور للمشايخ والله سبحانه وتعالى اعلم بالحكم

قد تم التكملة للمجلد الثالث من فتح القدير الشهير بنتائج الافكار ويتلوه التكملة للمجلد الرابع بمشية الله العزيز القدير